

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU
LIEN DE MARIAGE
A L'ÉPOQUE MÉROVINGIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le jeudi 10 juin 1915 à 3 heures

PAR

Jacques ZOEGGER

Président : M. LEFÈVRE, professeur.

Suffragants : { MM. CHÉNON, professeur.
MEYNIAL, professeur.

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT, 14

—
1915



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU
LIEN DE MARIAGE
A L'ÉPOQUE MÉROVINGIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le jeudi 10 juin 1915 à 3 heures

PAR

Jacques ZOEGGER

Président : M. LEFEBVRE, *professeur.*

Suffragants : { MM. CHÉNON, *professeur.*
MEYNIAL, *professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT, 14

—
1915



DU
LIEN DE MARIAGE
A L'ÉPOQUE MÉROVINGIENNE

INTRODUCTION

Le sujet de cette thèse comporte l'étude des caractères essentiels du mariage à une certaine époque de l'histoire de France, que l'on peut situer entre le milieu du v^e siècle et celui du viii^e.

C'est au début de cette période que les peuples barbares venus de Germanie, s'installent en Gaule. Ils s'y organisent et leurs usages s'y font observer à côté de la législation romaine.

L'Eglise, dont les efforts s'exercent déjà depuis plus de quatre siècles sur le monde latin, trouve dans la situation obscure et troublée que créent les invasions, un nouveau champ d'action.

La législation du mariage était appelée à subir ces diverses influences, romaine, germanique, ecclésiastique.

L'Eglise, rejetant peu à peu ce qu'elle trouvera de contraire à ses principes dans le droit romain ou dans les

usages germaniques, imposera sa loi, la *lex divina*, formulée dans ses assemblées.

Nous assistons, à travers l'époque mérovingienne, à l'évolution des caractères essentiels du mariage.

Dans sa constitution même, l'union des époux devient un lien et un lien indissoluble. Dans sa formation, le mariage devient un acte personnel. Le consentement du mari et de la femme prend la première place dans la constitution du foyer. Enfin nombre d'anciennes prohibitions disparaissent. Le mariage est une institution qui s'adresse à tous : les esclaves, peu à peu, sont admis à participer à un mariage régulier.

De nouvelles prohibitions sont édictées. Le mariage acquiert plus d'importance, plus de dignité. Des conditions sont nécessaires pour y parvenir. L'Eglise crée, en fait, des empêchements.

C'est de cette transformation lente et continue qui s'accomplit vers un idéal donné et sous une même impulsion à travers des circonstances souvent très diverses, c'est d'une telle évolution que sortira une coutume uniforme du mariage pour tous les pays chrétiens au x^e siècle. C'est là que prendront naissance les principes qui ont gouverné et gouvernent encore, dans une très large mesure, la législation française du mariage.

Les moyens d'information que nous possédons sont malheureusement assez restreints. Sur quelques points nous manquons de renseignements, par exemple sur les théories dont on s'aidait pour expliquer certaines pratiques,

certaines empêchements, ou des cas de divorce exceptionnels.

Où bien nous n'avons que des indications incomplètes. Ainsi les lois barbares, qui sont quelquefois si prolixes sur d'autres questions, gardent souvent, sur le droit matrimonial, une réserve assez difficile à expliquer.

Toutefois, il y a un certain nombre de textes qui suffisent à dessiner les grandes lignes de notre institution, et même certaines particularités. Ce sont, outre les lois barbares, qui procurent quelques données non systématiques, les décrets et capitulaires des rois, les décrets des assemblées ecclésiastiques. Nous possédons ces textes des capitulaires et des conciles qui sont d'autant plus faciles à interpréter que très souvent les capitulaires sont le commentaire et la promulgation par l'Etat des dispositions ecclésiastiques.

Une question se pose cependant. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les lois étaient appliquées et obéies au milieu du désordre et des difficultés de l'époque mérovingienne.

Pour y répondre, nous avons à notre disposition des recueils d'actes pratiques, ou plutôt de modèles d'actes, qui nous donnent des indications sur les usages en vigueur. Plusieurs de ces « formules » sont relatives aux coutumes matrimoniales. Dans le même ordre d'idées on peut encore se renseigner à l'aide des *Libri Pœnitentiales* ; ce sont des collections de règles à l'usage des ecclésiastiques à qui incombait la charge de trancher des cas de

conscience extrêmement variés. Quoique ces livres, tout au moins en ce qui concerne l'époque mérovingienne, aient été désavoués ensuite par l'Église et que les solutions qu'ils donnent soient loin d'être orthodoxes, dans nombre de cas, on n'en trouve pas moins en eux une documentation extrêmement intéressante au point de vue des coutumes établies, ou tout au moins, pratiquées en certains endroits.

Rien ne fait mieux connaître une époque que l'œuvre des chroniqueurs. Ce sont des historiens qui décrivent ce qu'ils ont eux-mêmes observé. Leurs récits précieux, au point de vue de l'histoire des faits, le sont peut-être davantage pour l'histoire des institutions.

Grégoire de Tours et Fredegaire ont écrit des œuvres où l'on trouve beaucoup de renseignements pratiques.

L'étude de ces différentes sources, qui se complètent les unes par les autres, nous permettra de nous faire une idée de la coutume française du mariage à l'époque mérovingienne.

Les invasions.

Les barbares n'adoptèrent pas la législation romaine : ils conservèrent leurs usages particuliers. Cependant, les Burgondes et les Wisigoths subirent manifestement l'influence des coutumes juridiques de l'Empire. Ce phénomène s'explique par les relations qui s'établirent entre les Germains et les Gallo-romains (1).

(1) Cf. Halban, « *Das römische Recht in den germanischen Volksstaa-*

Lorsque Odoacre détrôna en 476 Romulus Augustule, empereur d'Occident, ce ne fut pas une victoire bien surprenante. « L'Empire, dit M. Viollet (1), était vermoulu. Il ressemblait à ces vieux arbres au tronc ouvert dont l'écorce seule vit encore et transmet péniblement à la ramure une sève languissante. »

Le pouvoir central était faible, les terres dépeuplées, les grands propriétaires et dignitaires, les *potentiores*, osaient tout entreprendre, les impôts étaient extrêmement onéreux. L'armée, qui n'était plus recrutée en Italie depuis la seconde moitié du premier siècle, remplissait ses cadres en partie chez les Germains qui formaient, dans l'empire, à proximité des frontières, des colonies militaires nombreuses. On les appelle *Barbari Gentiles* ou *leti*.

« Les barbares, dit Zosime, ont élu domicile dans l'empire, dont la population indigène est tellement réduite que l'on reconnaît à peine les lieux où s'élevaient jadis de puissantes cités (2). » *Quam Inops Italia, quam imbellis urbana plebs ; nihil validum in exercitibus nisi quod externum* (3). Telles sont les paroles que Tacite fait dire au gaulois Florus instigateur d'une sédition en Belgique.

Dès le III^e siècle, Commodien, évêque chrétien des Gaules, prophétisait la ruine de l'empire de Rome :

ten »; dans « *Untersuchungen zur Deutschen staats-und Rechtsgeschichte*, publiées par Otto Gierke — 56 et 64 Heft.

(1) Voy. Viollet, *Institutions politiques et administratives de la France*, t. I, p. 149.

(2) Zosime, IV, 59, édit. Bekker, pp. 245, 6.

(3) Tacite, *Annales*, III, 40.

Luget in aeternum quae se jactabat aeternam (1). Les empereurs s'effrayaient, avec raison, du grand nombre de barbares établis en Gaule et de l'étendue des terres litigieuses que les *principales* et les *defensores* des cités leur faisaient remettre. Aussi, les mariages entre provinciaux et barbares furent prohibés. On les interdit même sous peine de mort (2).

Les dispositions de cette loi devaient passer dans la loi romaine des Wisigoths par un phénomène de survivance extrêmement curieux que signale M. Viollet. Plus tard, la loi barbare des Wisigoths permit ces mariages avec l'autorisation du comte.

Quand les barbares, après une période de pénétration lente, s'installèrent, au grand jour, dans les provinces gallo-romaines, ils formèrent plusieurs Etats de tendances très diverses. Les uns, les Wisigoths et les Burgondes, se lièrent beaucoup avec les anciens possesseurs du pays. Pour employer un terme très expressif de Pausanias, adapté à une situation toute semblable, il étaient « *σύννοικοι* », des Gallo-Romains. C'est ainsi que Sigismond écrit à l'empereur dans les premières années du vi^e siècle : « Ma race est votre servante et mon peuple est à vous ; il me plaît moins de lui commander que de vous obéir ; mes ancêtres ont toujours cru recevoir leur illustration des titres que leur tendait la main de Votre Altesse. Toujours ils ont

(1) *Carmen*, *Apolog.* vers. 916. (*Commodiani carmina*. Rec. Ernestus Ludwig. — *Bibliotheca Teubneriana*).

(2) Code théodosien, III, 14. *De nuptiis gentilium*, 1.

estimé à un plus haut prix ce qu'ils recevaient du prince que ce qu'ils avaient hérité de leurs ancêtres (1). »

A l'inverse des Wisigoths et des Burgondes, les Francs ne sont pas souvent des alliés de l'empire. Leur mobilité semble perfide aux Gallo-Romains. *Infida mobilitas*.

Les Francs, qui rédigèrent le prologue de la loi salique, se souvenaient encore du joug très dur que les Romains avaient fait peser sur leur tête (2).

Ils n'avaient pas été pénétrés par la civilisation romaine, lorsque fut promulgué le plus ancien texte de la loi salique, en 486, croit-on.

La conversion de Clovis et ses conquêtes permettront aux Francs de refaire l'unité de la Gaule. Leur civilisation ne sera pas, comme celle des Wisigoths ou des Burgondes, « une pâle continuation, un prolongement de la civilisation romaine abâtardie. Non, c'est une société nouvelle, une civilisation nouvelle qui va entrer en formation (3) ».

Ainsi nous sommes bien en présence d'une influence distincte et bien caractérisée qui travaille, à côté de la civilisation romaine, à créer un esprit, des usages.

Le mariage en Droit romain.

Il est nécessaire d'indiquer, à grands traits, quelles furent les conceptions romaines du mariage et quelle idée

(1) Avitus, Epist. 93, al. 83. *Monum. Germ. Auctores Antiquissimi*, t. VI, pars. II, p. 100.

(2) *Lex Salica*, Prol., I, éd. Behrend (1897), pp. 171.

(3) Viollet, *Institutions politiques et administratives de la France*, t. I, p. 188.

on s'était fait de cette institution à travers les diverses phases de la civilisation latine.

« Le mariage du droit primitif, dit M. May (1), peut se définir, l'union légitime de l'homme et de la femme, *justae nuptiae*, *justum matrimonium*, en vue de la procréation d'enfants légitimes qui assureront la durée de la famille et la perpétuité des sacrifices domestiques (*liberorum quae-sundum gratia*) (2). »

Il est indéniable que cette idée de culte privé qu'il faut perpétuer revient à tout propos dans les conceptions romaines primitives. Modestin n'écrit-il pas, à une époque où cependant les idées ancestrales avaient pour ainsi dire disparu : *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* (3).

Le mariage est dominé par une autre institution qui, à Rome, atteint une bien plus grande importance, c'est la puissance paternelle. Ce pouvoir apporte une entrave à la liberté du consentement.

D'autre part, le divorce a toujours été admis à Rome.

Il y a des conditions essentielles du mariage légitime, des *justae nuptiae*, conditions qui, pour la parenté et l'alliance, sont réduites à leur plus simple expression. Le mariage n'est pas permis à tous, ni entre tous.

Les formes ne sont pas les mêmes dans tous les cas. A côté du mariage, il y a d'autres unions licites.

Reprenons ces divers points :

(1) Gaston May, *Eléments de Droit romain*, p. 111.

(2) Cf. Cuq, *Les institutions juridiques*, t. II, p. 205.

(3) Dig., *De rit. nupt.*, XXIII, 2.

A. — Consentement.

Les *justae nuptiae* ne pouvaient avoir lieu entre personnes *alieni juris* que du consentement des *patresfamilias*. Et même, pour une femme *sui juris*, le consentement du tuteur a été nécessaire jusqu'à la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes. A l'origine ce sont les *patresfamilias* qui consentent au mariage de leurs enfants, plutôt qu'ils ne l'autorisent. « Les *patres* seuls, dit M. May, avaient à consentir à l'union ; car c'était moins des futurs époux qu'il s'agissait que de l'intérêt supérieur des familles dont les *patres* étaient les gardiens (1). »

A l'époque classique, le consentement des époux acquiert une plus grande importance : *Nuptias, non concubitus, sed consensus facit* (2). Il n'en est pas moins avéré que ce consentement des époux se montrait surtout par un commencement d'établissement de la vie en commun. L'accord des volontés ne suffisait pas à créer un mariage valable.

La loi Julia de 736 marque un progrès accompli dans la voie du consentement personnel : « Cette loi qui a dû beaucoup contribuer à faire ressortir le consentement propre de la personne en puissance, lui a permis, quand l'ascendant refuse son consentement, d'en appeler du refus au magistrat qui pourra, s'il le juge injustifié, auto-

(1) Cf. Cuq, *Les Institutions juridiques*, t. I, p. 209.

(2) Dig. XXX, *De reg. jur.*, L. 17, Ulpien.

riser le mariage (Marcien, D. 23.2, *De R. N.*, 19) (1). » De plus, Justinien a réglé la situation créée par l'absence ou la captivité du père. Il a décidé que le mariage des enfants de l'absent et du captif serait subordonné seulement à l'expiration d'un délai de trois ans. Cette décision, le Digeste la fait passer sous les noms d'Ulpien, de Paul et de Julien. Mais il est prouvé qu'elle émane de Justinien, par un texte de Tryphoninus que les rédacteurs ont oublié de corriger (2).

Il faut donc attendre au VI^e siècle de notre ère pour que la loi admette que le consentement des époux suffit à créer entre eux un mariage valable.

Il est certain que le consentement du *paterfamilias* était une prérogative de la puissance paternelle. Il ne faut pas que l'on ait des héritiers siens malgré soi (3). C'est pourquoi non seulement l'aïeul, mais le père doit donner son consentement au mariage d'un descendant.

Mais au bas-empire, apparaît une idée nouvelle, celle de l'autorisation donnée pour la protection des enfants. Ceci est prouvé pour les femmes, après la disparition de la tutelle perpétuelle. La femme *sui juris* doit, jusqu'à vingt-cinq ans seulement, obtenir l'assentiment de ceux qui ont vraisemblablement pour elle, l'affection la plus éclairée (4).

(1) Paul-Frédéric Girard, *Droit romain*, p. 155 (5^e édition).

(2) *Ibid.*, p. 156, note 1.

(3) *Nemini invito heres suus adgnascitur* (Inst. I, 11, *De adopt.*, 7).

(4) Cf. Girard, *op. cit.*, p. 154.

B. — Rupture du mariage.

La dissolution du mariage est facile à l'origine, libre plus tard. Dans la famille primitive le *repudium* est exercé par le chef de la *domus* du mari. Généralement ce n'était pas absolument sans contrôle. Il intervenait une délibération d'un conseil des proches où étaient appelés les cognats de la femme.

Quand le mariage sans *manus* se fut établi, le *repudium* eut lieu sans formalités et sans contrôle. De plus, il appartenait à la femme comme au mari. Le *contrarius actus*, consentement différent, révoquait l'acte que le consentement initial avait créé. La loi Julia se borna à imposer des formes précises au *repudium* (présence de sept témoins, *libellus repudiï*), mais ne le supprima point. Le divorce est une des institutions les plus essentielles de Rome.

Ainsi, avec le *repudium* de part et d'autre et le divorce par consentement mutuel, la dissolution du mariage est absolument libre. C'est ce qu'on a appelé le *liberum matrimonium* (1).

Sous les Antonins, le droit pour le père de rompre le mariage de sa fille malgré elle a été supprimé plus ou moins intégralement. On peut hésiter sur la provenance exacte de cette règle qui a été attribuée à des empereurs différents.

(1) La perte de la liberté, la perte de la *cité* et la *capitis deminutio minima* (pour le mariage avec *manus*) sont encore des causes de dissolution du mariage.

Sous les empereurs chrétiens, au bas-empire, le droit de répudiation reste intact pour les deux conjoints. Il est vrai que ce *repudium* « *ex justa causa* » donne lieu à certaines déchéances politiques ou pécuniaires contre celui qui l'a motivé, de même que le *repudium* « *sine ulla causa* » donne lieu à des réparations de la part de celui qui l'a provoqué. Mais il y a encore le *divortium* « *bona gratia* » dont la cause n'est imputable à personne ; et, dans tous les cas, le mariage est rompu.

C. — Quelques conditions essentielles.

Certaines conditions essentielles ont été requises, à toutes les époques pour la validité des unions. A leur défaut, le mariage est nul et l'absence de ces conditions a les mêmes effets que les empêchements du droit moderne.

Au bas-empire, on invoque plus souvent la nullité qu'à l'époque classique, sans doute parce que la liberté des divorces commence à se restreindre. Il faut donner les raisons d'une rupture ; c'est ainsi qu'on invoque le motif d'impuissance, ou le vœu de chasteté pour obtenir un *divortium* « *bona gratia* », ou plutôt pour le justifier.

L'absence de parenté est une de ces conditions exigées pour que les *justae nuptiae* puissent avoir lieu. Les parents en ligne directe, d'une part, et certains parents en ligne collatérale, d'autre part, ne peuvent contracter mariage entre eux. Les unions entre cousins germains ne furent prohibées que par les premiers empereurs chrétiens ;

« mais autorisées par Arcadius et Honorius, elles sont encore licites sous Justinien (1) ».

Pour permettre le mariage de Claude avec Agrippine, sa nièce, le sénat décréta qu'à l'avenir le mariage de l'oncle paternel et de la nièce serait licite.

Une autre condition essentielle du mariage, c'est le *jus conubii*. Tantôt l'absence de ce droit constitue une incapacité de contracter mariage avec n'importe qui, tantôt elle empêche le mariage avec certaines personnes. Dans tous les cas, la présence de ce droit spécial met une barrière entre certaines catégories de personnes et impose une classification des unions.

Parmi les incapacités absolues de contracter mariage, la plus notoire est celle des esclaves. Les esclaves ne sont pas des personnes. Leurs unions sont de simples accouplements sans conséquences juridiques. Leurs enfants sont la propriété du maître de la mère.

Les pérégrins doivent obtenir la concession du *conubium*. Les soldats, jusqu'au iv^e siècle sont frappés également d'une incapacité de contracter mariage, pendant qu'ils sont sous les drapeaux.

Dans la cité primitive, le rang des personnes jouait un très grand rôle. La distance qui séparait le patriciat de la plèbe a été perpétuée par la prohibition des alliances entre les représentants de ces deux castes. « Maintenu dans la loi des XII tables, écrit M. Girard (cette défense) fut

(1) May, *op. cit.*, p. 121.

peu après abrogée par la loi Canuleia en l'an 309 de Rome. Mais le mariage ne devint pas alors licite entre toutes personnes ; il demeura défendu entre ingénus et affranchis. Cette seconde barrière fut à son tour renversée en l'an 736, par la première loi matrimoniale d'Auguste qui éleva en même temps la troisième digue opposée aux mésalliances : l'interdiction aux membres de la classe sénatoriale, c'est-à-dire aux sénateurs et à leurs descendants agnatiques jusqu'au troisième degré, d'épouser des femmes de mœurs ou de profession honteuses. Cette dernière prohibition fut abolie par Justinien (1). »

On peut encore signaler l'interdiction du mariage entre l'époux adultère et son complice, en vertu de la loi Julia, entre le tuteur ou son fils et sa pupille, entre le gouverneur d'une province et les femmes de cette province, etc..

D. — Formes du mariage.

Les formes du mariage ne sont pas toujours identiques. Les *justae nuptiae* elles-mêmes admettent plusieurs modes de formation. On distingue d'abord les formes qui créent la *manus* et celles qui ne l'établissent pas.

Le mariage avec *manus* a été, à l'origine, le seul véritable mariage. La femme échappe à la puissance de son *paterfamilias*, entre sous celle de son mari. Elle devient *filiafamilias* de ce dernier. Elle est vis-à-vis de lui *loco filiae* ; vis-à-vis de ses propres enfants, *loco sororis*.

(1) Girard, *op. cit.*, p. 158.

La *manus* s'établit, *farreo, coemptione, usu*. La première de ces formes est une cérémonie religieuse. C'est l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre, *far*, *farreus panis*. Certaines paroles rituelles sont prononcées, dont Boèce, complétant Gaius, rapporte ainsi les termes : « Sese in coemendo invicem interrogabant : vir ita : an sibi mulier materfamilias esse vellet ; illa respondebat velle. Item mulier interrogabat ; an vir sibi paterfamilias esse vellet. Ille respondebat velle. »

A côté de ce mode, réservé vraisemblablement aux patriciens, on trouve la *coemptio*, établie à l'usage des plébéiens.

L'*usus* est la manière de contracter mariage par une année de cohabitation. C'est une sorte de prescription à courte durée. La *manus* ne s'établit pas si la femme cesse d'habiter avec le mari pendant trois nuits (*usurpatio tri-noctii*).

A côté du mariage avec *manus* et de ses procédés d'établissement plus ou moins formels, apparaît le mariage *sine manus* à une époque difficile à préciser. Cette forme d'union, qui laisse la femme indépendante ou ne la soustrait pas à sa famille propre, remplacera bientôt, d'une manière habituelle, l'antique mariage *cum manu* et même causera sa disparition définitive.

Pendant longtemps, la *coemptio* servira à créer différentes situations juridiques qui n'ont aucun rapport avec le mariage ; elle se survivra à elle-même, pour permettre à la femme de se soustraire aux charges d'un culte privé,

de faire son testament et de changer de tuteur. Il intervient un mariage solennel qui est naturellement fictif et qui permet à la femme de modifier sa situation sur certains points.

Le mariage sans *manus* est dépourvu de formes. Cependant il exige la mise de la femme à la disposition du mari.

Quand il n'y avait pas *deductio mulieris in domum mariti*, on a pu se demander à quel signe on distinguait les justes noces, dans ce cas, du simple concubinat. Les Romains, eux-mêmes, ont été embarrassés pour répondre à cette question. Il fallait l'*affectus maritalis*, l'intention de se considérer comme époux (1). Comment prouver cette disposition ?

Il y avait une présomption en faveur du mariage lorsque les époux étaient de même condition sociale, et aussi lorsqu'on avait rédigé un *instrumentum* dotale, à l'époque où cet acte est en usage. Justinien rend sa rédaction obligatoire pour le mariage des *personae illustrae* (2).

E. — Autres unions.

A côté du mariage des *justae nuptiae*, le Droit romain admet d'autres unions d'ordre inférieur : le *matrimonium sine conubio* qui a lieu entre deux personnes privées du *jus conubii*, union valable selon le droit des gens qui tend à disparaître lorsque Caracalla concède le droit de cité à tous les habitants de l'empire, qui disparaît entiè-

(1) Cf. Paul, *Sentences*, II, 20.

(2) 22 Nov., chap. III.

rement lorsque Justinien supprime la qualité de latin junien.

Le concubinat, *inaequale conjugium*, est licite d'après la loi de Julia *de adulteriis*, qui en revanche, atteint l'adultère et le *stuprum*. Le *contubernium*, est une union, dénuée de valeur légale, entre deux esclaves ou entre un esclave et une personne libre.

On s'explique que le mariage à Rome n'ait pas été considéré comme un lien, comme une situation définitive. Les unions ont toujours en elles quelque chose de révocable et de provisoire. De plus, le consentement, au début de l'ère romaine, manque d'indépendance. Le mariage n'est pas l'œuvre personnelle des époux.

Ainsi ne se constitue pas une famille indépendante sous l'autorité du mari. Ainsi, la femme, en devenant mère de famille, reste néanmoins subordonnée, ou plutôt assujettie, entre les mains de son mari, comme elle l'avait été sous la puissance de son père. Nulle égalité entre les époux, dans le mariage avec *manus*. En revanche, dans le mariage sans *manus*, nulle autorité du mari. Il n'est pas le chef : l'indépendance de la femme devient absolue quant au lien. Elle est cependant traitée comme une inférieure par le sénatus-consulte Velléen.

Le droit matrimonial français s'appuiera sur d'autres principes. Egalement éloignée des rigueurs du droit primitif et des facilités du droit classique, la coutume française du mariage, rassemblant des éléments très divers, saura donner à la famille des assises plus profondes.

CHAPITRE PREMIER

LÉGISLATION ET JURIDICTION. LE ROLE DE L'ÉGLISE

SECTION I

ORIGINES

Si l'Eglise réussit à établir sur l'institution du mariage son autorité, c'est-à-dire, ses lois et sa juridiction, ce fut par une très lente évolution et par une pénétration prolongée. Ce mouvement, moral, puis juridique, est d'autant plus curieux à étudier que c'est une formation unique dans l'histoire. L'autorité qui a établi les lois du mariage, n'a consulté pour les forger, que les exigences de la conscience, et pour les sanctionner, au début, elle ne s'est adressée qu'à la conscience.

Un jour le mariage sera proclamé sacrement de la religion. Dès l'origine, l'institution que nous étudions est une chose sacrée. Comme l'écrit M. Viollet (1), « le mariage a

(1) *Histoire du Droit civil Français, Droit privé et sources*, § 395.

été par excellence entre chrétiens, matière de conscience, soumise aux décisions et à la juridiction de l'Eglise ».

« Ce sacrement est grand, oui, je l'affirme devant le Christ et devant l'Eglise (1). »

Ces mots de saint Paul, tirés de l'Epître aux Ephésiens, ont proclamé dès l'origine la dignité du véritable mariage, grand parce qu'il est solennel, parce qu'il est durable, parce qu'il doit s'étendre à toutes les classes de la société sans distinction, parce qu'il exclura les unions honteuses comme l'inceste, ou illicites comme le concubinat, grand surtout parce que c'est le symbole de l'union du Christ avec l'Eglise, union indissoluble (2).

Le mot *sacramentum* a-t-il déjà le sens de sacrement ? Non probablement. Les uns veulent qu'il ait signifié serment, les autres qu'il ait été l'équivalent du grec *μυστήριον*.

Quoi qu'il en soit, le mariage est matière de conscience et, de plus, il est soumis à la *lex divina* qui s'exprime dans la législation et la juridiction de l'Eglise en cette matière.

(1) *Epistola Pauli ad Ephesios*, V, 32 : *Sacramentum hoc magnum est ego autem dico in Christo et in ecclesia*.

(2) V. Sancti Aureli Augustini, *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum*, vol. 42, sect. VIII, pars II, *De nuptiis et concupiscentia*, I, 13, XXI, p. 236 :... « respondebit etiam connubii sacramentum : de me ante peccatum dictum est in paradiso : relinquet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una, quod magnum sacramentum dicit apostolus in Christo et in ecclesia : Quod ergo est in Christo et in ecclesia magnum, hoc in singulis quibusque viris atque uxoribus minimum, sed tamen conjunctionis inseparabilis sacramentum. »

Si l'on avait dit seulement : Le mariage est une nécessité sociale, si l'on avait proclamé que la famille est la base de la civilisation, l'Eglise n'aurait pas eu à intervenir. Elle aurait pu, sinon se désintéresser, du moins se décharger sur d'autres autorités, du souci de juger et de définir ces problèmes. Alors on aurait vu se créer des formes d'unions variées et diversifiées à l'infini. Il se serait produit sur la définition même du mariage et sur la nature du lien, puis sur sa formation et sa dissolution, des divergences de vues essentielles, comme il y en avait entre les peuples de l'antiquité, comme il s'en trouve entre les Etats modernes, où l'Eglise a perdu de son influence.

Mais, comme nous le verrons, le mariage est plus qu'une coutume sociale ou juridique.

Pour réglementer et pour juger les questions matrimoniales, l'Eglise a traversé deux périodes que l'on peut distinguer. Dans les débuts, et vraisemblablement jusqu'au vi^e siècle, l'Eglise exerce sur les fidèles une action disciplinaire. A partir de cette époque, elle possède un pouvoir législatif et juridictionnel ordinaire.

Disons quelques mots extrêmement rapides de la première phase.

A Rome, dans les premiers siècles de notre ère, les lois de l'Etat étaient seules, bien entendu, à régler les mariages. Le droit romain avait ses règles précises que les juridictions de l'Empire étaient seules appelées à faire respecter. Si les chrétiens voulaient régler leur conduite, d'après les lois de l'Empire, cela leur était loisible. Ils

n'avaient qu'à s'adresser aux tribunaux compétents. Ils pouvaient user du divorce, pratiquer le concubinat, réclamer la restitution d'une dot à la suite d'un divorce prohibé par l'Eglise ou faire reconnaître comme légitimes, *sui heredes* et non *spurii*, des enfants issus de *nuptiae injustae* d'après l'Eglise, *justae* d'après l'Etat (1). C'est ainsi que les lois de l'Eglise étaient plus strictes que celles de l'Empire. Beaucoup de licences étaient admises par les lois civiles et défendues par les lois ecclésiastiques. Dès lors, ce que les fidèles auraient pu se permettre à titre de citoyens, ils devaient se le refuser, à titre de chrétiens. Il y a donc une autre loi, la *lex divina* qui a ses principes, sa théorie, ses sanctions. Saint Jérôme, au iv^e siècle, le constate dans une épître célèbre. « Autre est la loi des Césars, autre celle du Christ. Autres, les préceptes de Papinien, autres ceux de saint Paul. D'un côté l'impudeur des hommes ne connaît plus de frein, et condamnant seulement le *stuprum* et l'adultère, on admet le vice s'il se commet dans les mauvais lieux et dans la compagnie des femmes de la dernière catégorie, comme si la faute dépendait du rang de ceux qui y participent, et non du plaisir défendu qu'ils y trouvent. Chez nous au contraire, ce qui n'est point permis aux femmes, est également défendu aux hommes, et l'esclave lui-même est soumis à la même condition... (2). »

(1) V. Lefebvre, *Le lien du mariage*. 1^{er} fascicule.

(2) Sancti Hieronymi, Epist. 77, — 3 ; *Corpus scriptorum latinorum eccles.*, vol. 55, p. 39 ; « *Aliae sunt leges Caesarum, aliae*

Ce passage, qui contient des allusions évidentes au droit romain du bas-empire et même aux lois Juliae, indique nettement le sens des nouvelles coutumes du mariage et notamment l'idée de l'égalité de tous devant la loi de la conscience et du mariage, idée que nous aurons l'occasion d'approfondir au sujet du mariage des esclaves.

Saint Grégoire de Naziance, parlant du *repudium*, à la même époque, s'exprime ainsi : « Le divorce, qui va entièrement à l'encontre de nos lois, quoique celle des Romains en décident autrement... (1) ». Les Pères appellent souvent les lois de l'Etat, τοῖς ἐξωθεν νόμοις les lois du dehors, par opposition aux lois du dedans, en vigueur en l'intime des communautés chrétiennes. Dès lors, il fallait, pour appliquer des lois particulières, des juridictions spéciales. Pour diriger des consciences plus éclairées, on voulut des avis plus autorisés. C'est ainsi que les chrétiens prirent l'habitude, depuis une très haute antiquité, de s'adresser à leurs évêques pour statuer sur les débats qui

Christi ; aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit, apud illos in viris pudicitiae frena laxantur et solo stupro atque adulterio condemnato passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur, quasi culpam dignitas faciat, non voluptas ; apud nos quod non licet feminis, aequè non licet viris et eadem servitus pari condicione censetur ; dimisit ergo, ut aiunt, vitiosum ; dimisit illius et illius criminis noxium ; dimisit paene dixi, quod clamante vicinia uxor sola non prodidit. Sin autem arguitur, quare repudiato marito non innupta permanserit, facile culpam fatebor, dum tamen referam necessitatem melius est, inquit apostolus, nubere quam uri. Adulescentia erat, viduitatem suam servare non poterat... »

(1) « Τὸ ἀποστάσιον ὃ τοῖς ἡμετέροις ἀπαρέσκει πάντως νόμοις, καὶ οἱ Ῥωμαίων ἐτέρως κρινώσιν ».

pouvaient survenir entre eux. Sans doute cette juridiction familiale manquait de procédés de coercition. Il n'y avait pas de sanction civile à ses arrêts. Mais, aux regards de la conscience, l'évêque disposait, pour étayer son autorité, de plusieurs moyens extrêmement efficaces. Ce furent les exclusions de la communauté des fidèles, les pénitences, l'excommunication. Surtout dans les causes matrimoniales, ces sanctions morales étaient de nature à revêtir la plus grande efficacité. Plus tard, lorsque l'Eglise devient un lieu public, à l'époque du bas-empire et surtout à l'époque mérovingienne, ces sanctions morales publiées et connues de tous, sont extrêmement dures, et nous en avons des exemples dans les livres pénitentiaux, exemples que je rapporterai plus loin. Mais, même en tant que sanctions spirituelles, elles ont plus d'action que les pénalités civiles. Car elles atteignent des situations et des résolutions que la loi civile n'atteint pas. Ceci est de tous les temps. Jamais les plus sévères prescriptions d'un code n'obtiendront une séparation ou un rapprochement nécessaires, aussi sûrement que la loi de conscience. Du jour où une obligation devient une question morale, et se pose comme telle, aux yeux de son sujet, elle s'impose dans ce domaine toujours très étendu et inaccessible, où les sanctions légales ne pénètrent pas. Plus tard, à l'époque mérovingienne, on reconnaîtra que l'Eglise devait posséder la juridiction sur le lien du mariage, mais on devra observer aussi que cette juridiction atteint mieux son but que ne le fait celle des tribunaux civils.

Je ne m'étendrai pas davantage sur les origines de la juridiction ecclésiastique.

Exposons maintenant quel fut le pouvoir de l'Eglise, dans notre matière, à l'époque mérovingienne.

SECTION II

POUVOIRS DE L'ÉGLISE SUR LE MARIAGE DU VI^e AU VIII^e SIÈCLE.

Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, il s'accomplit en cette période une remarquable évolution. De spirituelle et disciplinaire, l'action des justices ecclésiastiques devient une véritable juridiction. Les sanctions ne sont plus seulement spirituelles. Maintenant le bras séculier prête son appui à l'exécution des décrets ecclésiastiques. Il y a plus, la législation des conciles et des synodes devient la législation de l'Etat. Les rois promulguent les canons des conciles, ou bien s'inspirent de leurs principales dispositions. Le décret de Childebert de 596 est un exemple frappant de cette corrélation entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux. Ce décret de Childebert commence par énumérer les unions qui sont prohibées, comme incestueuses, par les conciles, notamment par les conciles d'Eparon, an 517, can. XXX (1) ; d'Orléans, an 538, can. XI (2) ; d'Orléans, an 541, can. XXVII (3) ; de Tours, an 567, can. XXII (4).

« Nous avons décrété que nul ne pourra contracter un

(1) Maassen, *Concilia*, t. I, p. 26, dans Pertz, *Leges*, sect. III.

(2) *Ibid.*, p. 76.

(3) *Ibid.*, p. 93.

(4) *Ibid.*, p. 131.

mariage incestueux, c'est-à-dire qu'il est défendu d'épouser la femme de son frère, ou la sœur de sa femme ou la femme de son oncle ou d'un parent du même sang. Si quelqu'un épouse la femme de son père, qu'il encoure la peine de mort... (1). »

Il s'agit ici de l'empêchement d'alliance. Ensuite, le décret indique la procédure qui est en usage et qu'on doit employer à l'effet de réprimer ces délits :

« Les unions énumérées ici, qui sont considérées comme incestes, nous ordonnons qu'elles soient réprimées par l'intervention des évêques. Et celui qui aura refusé d'obtempérer aux conseils de son évêque, et qui aura été excommunié, qu'il soit frappé d'une éternelle condamnation devant Dieu, et qu'il soit banni à jamais de notre palais. Que sa fortune soit confisquée au profit de ses parents légitimes, puisqu'il a refusé de profiter des remèdes de son évêque. » Il est curieux de voir comment, trente ans plus tard, le concile de Reims tient le même langage et développe les mêmes idées que le décret de

(1) Childeberti secundi Decretio, an 596, febr. 29, § 2 ; Boretius, *Capitularia*, t. I, p. 15 : « In sequenti hoc convenit una cum leodos nostros : Decrevimus ut nullus incestuosum sibi societ conjugio, hoc est nec fratris sui uxorem, nec uxoris suae sororem nec uxorem patruo aut parentis consanguinei. Uxorem patris si quis acceperit, mortis periculum incurrat.

De praeteritis vero conjunctionibus quae incestae esse videntur, per praedicationem episcoporum jussimus emendare. Qui vero episcopo suo noluerit audire et excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat et de palatio nostro sit omnino extraneus, et omnes res suas parentibus legitimis amittat qui noluit sacerdotis sui medicamenta sustinere. »

Childebert. Voici le canon 8 sur l'inceste : « Si quelqu'un contracte une de ces unions visées par les dispositions canoniques, unions qui sont défendues par la loi divine, il sera retranché de la communion des fidèles, à moins qu'il n'ait prouvé son repentir par une séparation ; et, dans les mêmes termes, il n'aura ni un poste militaire dans la maison du prince, ni le droit d'estimer en justice. Et quand les susnommés auront contracté ces unions défendues, les évêques ou les prêtres dans le diocèse ou le pays desquels la chose se sera passée, devront dénoncer ce crime au roi ou aux juges, afin qu'en présence de cet avis, ils cessent de fréquenter ces gens et d'habiter avec eux et qu'ils prennent des mesures pour que leurs biens soient dévolus à leurs parents... (1) »

Ainsi, c'est bien le double système de la juridiction ecclésiastique et du bras séculier qui fonctionne ici. Le juge, le vrai juge, c'est l'évêque. Il n'a rien abandonné

(1) Concilium sub Sonnatio Episcopo, *Remensi habitum*, a. 627-630, canon VIII ; Maassen, *Concilia*, [Dans Pertz, *Legum*, sect. III], p. 204 : « VIII. De incestis conjunctionibus. Si quis infra prescriptum canonibus gradum incestuoso ordine cum his personis, quibus a divinis regulis prohibetur se conjunxerit, nisi paenitentiam sequestratione testentur, communione priventur et neque in palatio militiam neque agendarum causarum licentiam habeant. Et quando predicti se incestuosi conjunxerint, episcopi seu presbyteri, in quorum diocesi vel pago actum fuerit, regi vel iudicibus scelus perpetratum adnuntient, ut cum ipsis denuntiatur fuerit, se ab eorum communione aut cohabitatione sequestrent et res eorum ad proprios parentes perveniant sub ea conditione ut, antequam sequestrentur, per nullum ingenium neque per parentes, neque per emptionem neque per auctoritatem regiam ad proprias perveniant facultates, nisi prefati sceleris separatione paenitentiam fateantur. »

des sanctions primitivement employées. Il dispose toujours de l'excommunication, des conseils, des avertissements et des pénitences. Mais à présent, à la différence de ce qui se passait à l'époque impériale, le pouvoir civil collabore à son œuvre, la soutient, y prête main forte.

Il est impossible de ne pas signaler dans le même ordre d'idées, un édit de Clotaire de 614 (1), qui montre clairement les évêques pourvus d'un pouvoir propre de juridiction. De même le préliminaire du capitulaire de Vernes de 755, à la fin de notre période. Le roi déclare qu'il souhaite de faire observer plus exactement les prescriptions des conciles ; avec beaucoup d'épithètes et de tours oratoires, il expose qu'à l'avenir, son pouvoir s'exercera d'une manière plus efficace et que le droit canonique demeurera respecté et inattaquable (2).

Il est intéressant de lire côte à côte les textes des capitulaires de Leptines et du concilium Liftinense, des synodes de Compiègne et de Verberie et des décrets des mêmes

(1) Boretius, *Capitularia*, t. I, p. 23.

(2) *Concilium Vernense*, an 755 ; Maassen, *Concilia*, t. II, p. 35 : « Praemium... » Et si tempora serena spatiaque tranquilla divinitus fuerint ei (regi) conlata cupit ad plenum secundum sanctorum canones, plenius opitulante divina gratia, melius, perfectius, integreque inantea conservare. Et cum ita factum fuerit, cessent haec quæ necessitate cogente ex sacris canonibus remissius sunt excerpta, maneant praefata iura canonica firmissima integra atque immoderata. Tamen interim quod melius possumus, haec inconversa atque inviolata esse eupimus. Ipsarum enim rerum, quae pro nostra emendatione commune sunt prolata, per distincta capitula subter tenuntur inserta Dat. V. Idus. Julii, anno quarto regnante domno nostro Pippino gloriosissimo rege. »

lieux. Ces textes sont identiques. Je lis, par exemple, au n° 3 du capitulaire de Leptines ceci : « Nous ordonnons de même que, conformément aux décrets des conciles, les mariages entachés d'inceste ou d'adultère, et qui ne sont point légitimes, soient prohibés et réprimés par jugement d'évêques ; et que les esclaves chrétiens ne soient pas vendus à des païens (1). »

Ce texte est le même que celui du canon III du concilium Leftinense de 743. Ici, l'édition de Boretius que j'ai sous les yeux a publié le texte du concile et celui du capitulaire. Pour les synodes de Compiègne et de Verberie, on n'a publié que le texte du décret royal, auquel on renvoie ceux qui recherchent le texte des synodes. Cette similitude absolue de dispositions prouve que l'Eglise a conquis à notre époque un véritable pouvoir législatif. Dire qu'entre le bas-empire et l'époque mérovingienne, il n'y ait point de différence quant à ce pouvoir de l'Eglise ; dire que la période que nous étudions ne serait que le prolongement du ve siècle romain, c'est une assertion qui manque de preuve. Il s'est fait, au contraire, une transformation très profonde des coutumes et des points de vue dans cette période troublée des invasions, et je viens de produire

(1) *Capitularia maiorum Domus. Karlmanni principis capitulare Leftinense*, an. 743 ; Boretius, *Cap.*, t. I, p. 28 : « Similiter praecipimus ut juxta decreta canonum adulteria et incesta matrimonia, quae non sint legitima, prohibeantur et emendentur episcoporum iudicio ; et ut mancipia christiana paganis non tradantur. » — Ce texte est le même que celui du canon III du concilium Leftinense 743. Dans Maassen, *Concilia*, t. II, p. 7.

des témoignages établissant que l'Eglise pose des lois sur le lien de mariage, et qu'elle tranche ou contribue à trancher les débats qui s'élèvent sur les causes matrimoniales. De plus, il existe d'autres textes que nous examinerons plus loin. Ainsi, il y a un grand progrès de réalisé à notre époque. On ne s'expliquerait même pas l'hypothèse contraire, puisque tout le monde est d'accord pour dire qu'au x^e siècle l'Eglise possède, sans conteste, la législation et la juridiction sur le lien du mariage. Or, les changements en cette matière ne s'opèrent que par une évolution. Avant, bien avant que les preuves matérielles n'abondent, avant que les historiens ne constatent que l'Eglise légifère et juge, le fait s'est produit. Ici, deux opinions sont en présence. La première, celle de M. Esmein, paraît assez hésitante, car le savant professeur semble revenir à certains passages, sur les principes qu'il a tout d'abord émis. D'une manière générale, M. Esmein est d'avis que l'Eglise n'a obtenu le pouvoir de juridiction et de législation sur le lien de mariage qu'au x^e siècle. « La législation en matière de mariage, continue, dit-il (1), à appartenir au pouvoir séculier... L'Eglise continue à exercer son *action disciplinaire* sur les fidèles. » D'autre part, voici le passage où M. Esmein semble revenir sur ce que cette opinion a de trop absolu. « L'Eglise fit de nouveaux et d'immenses progrès sans que les principes fondamentaux fussent changés (2). »

(1) *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 10 et suiv.

(2) *Ibid.*, t. I, p. 10.

Mais émettant une opinion différente, M. Lefebvre croit qu'il résulte de l'examen des pièces, que l'Eglise possède déjà à l'époque mérovingienne un pouvoir propre de juridiction et de législation. « Comment s'expliquer, dit-il (1), de tels progrès (les progrès dont parle M. Esmein) si cette action, qualifiée disciplinaire, n'était pas la véritable autorité publique ; et, qu'entendre pour cette période, par ces principes fondamentaux, gardés souverainement par des Mérovingiens qui n'agissent pas ? » Et en effet, en dehors des preuves positives que nous venons de voir et de celles que nous trouverons encore, il y a des preuves négatives qui ont aussi beaucoup de force. Je m'explique : Les rois francs n'ont pas légiféré sur le lien de mariage. Comment s'expliquer cette anomalie ? Les lois barbares ne disent que quelques mots de l'union des personnes et font des renvois au droit romain et au droit canonique.

La loi des Wisigoths qui règle incomplètement les formes du mariage, ses empêchements, sa dissolution ne reconnaissait pas à l'Etat un pouvoir exclusif de législation et de juridiction sur le lien conjugal.

Les Burgondes n'ont parlé du mariage que très insuffisamment.

Les Francs surtout, à l'époque de la loi Ripuaire au ^{vi}^e siècle, ne légifèrent pas sur le lien. En revanche, ils sont très clairs et très explicites sur certains effets du mariage, ayant trait aux intérêts pécuniaires (*dos ex marito, collabo-*

(1) *Le lien de mariage*, p. 61.

ratio, don mutuel). La loi ripuaire sera sur tous ces points la plus importante de toutes, et le vrai prélude de notre coutume matrimoniale, déjà fort empreinte d'esprit chrétien (1). Les Francs semblent éviter avec soin de statuer sur le lien lui-même et M. Lefebvre se demande, en présence de l'attitude des rois Francs qui se désintéressent ainsi d'une matière importante, si ces rois n'entendaient pas déjà s'en rapporter, sur la question du lien matrimonial, aux chefs de l'Eglise, en leur laissant principalement le soin de formuler et d'appliquer leurs canons.

Il est donc moralement prouvé que les rois Francs n'ont pas usé de leur pouvoir législatif sur le lien de mariage.

En revanche, à la même époque, et par opposition à cette abstention ou à cet abandon du pouvoir royal, les conciles travaillent manifestement à refaire la loi du mariage. Ils procèdent par élimination, autant que par injonction. Ils militent contre le divorce, par exemple, au concile d'Orléans 533. Le canon XI s'exprime ainsi : « Les mariages valablement contractés ne seront dissous par aucune manifestation contraire de volonté, même en présence d'une infirmité survenue ; si les conjoints en ont ainsi usé, ils seront privés de la communion des fidèles (2). »

Les conciles réprouvent l'inceste et prennent des mesu-

(1) Ch. Lefebvre, *Le lien de mariage*, p. 60.

(2) Concilium aurelianense, can. 11, a. 533 ; Maassen, *Concilia*, t. I, p. 63 : « XI. Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur. Quod si qui et coniugibus fecerint, noverint se communione privandos. »

res draconiennes pour réagir contre une tendance très réelle et très prouvée des Germains vers des unions entre proches parents. Ils établissent des empêchements nouveaux et suppriment les empêchements anciens. Ils vont à l'encontre des coutumes germaniques et donnent aux femmes la liberté de consentir personnellement à leur mariage.

Cette activité des conciles contraste singulièrement avec l'inaction des rois. Elle est affirmée par Grégoire de Tours. Il nous montre comment les synodes d'évêques statuaient sur les questions de validité de mariage. « Quel motif peut-il y avoir pour rassembler tant d'évêques ? Aucun péril n'ébranle la foi de l'Eglise. Il ne s'élève point de nouvelle hérésie. Quelle nécessité y a-t-il donc de convoquer tant de prêtres du Seigneur ? » Et le roi dit (le roi Gontran) : « Ils ont à juger de beaucoup d'actions iniques, tant fornication qu'autres affaires qui se traitent entre nous ; mais l'affaire de Dieu est la première de toutes, et vous devez rechercher d'abord comment l'évêque Pretextat a été frappé du glaive dans son église. On doit aussi discuter l'accusation de luxure portée contre plusieurs, afin que, s'ils sont convaincus, ils se soumettent à la correction des décrets sacerdotaux et que, si on les trouve innocents, la fausseté de l'accusation soit reconnue publiquement. Il ordonna que ce synode fut renvoyé aux calendes du quatrième mois... (1) »

(1) Traduction Guizot-Gregorii episcopi turonensis, *Historia Francorum*, lib. IX, 20 ; Ed. Arndt, dans Pertz, *Scriptores rerum merovin-*

De même Grégoire de Tours, dans un autre passage, nous représente un synode d'évêques s'assemblant pour juger une cause matrimoniale (1).

Ces passages montrent, mieux que des textes législatifs, qui devaient souvent rester lettre morte en ces temps difficiles, quelle était l'autorité chargée de statuer sur les questions intéressant le lien de mariage.

Les récits d'un chroniqueur nous indiquent ce qui se passait en pratique et portent une preuve interne de la véracité de leurs dires. Les historiens auraient pu être trompés sur les faits. Ils n'ont pu être induits en erreur sur les coutumes sous l'empire desquelles ils vivaient eux-mêmes. C'est ainsi que le récit de Grégoire de Tours, qui nous parle des griefs allégués contre l'évêque Proetextatus, nous donne une preuve certaine de l'existence de

gicarum, t. I, p. 378 : « Quae enim causa extat ut in unum tanta multitudo conveniat ? Aeclesiae fides periculo ullo non quatitur ; haeresis nova non surgit. Quae erit ista necessitas, ut tanti debeant in unum coniungi domni sacerdotes ? Et ille : « Sunt multa, inquit, quae debeant discerni, quae iniuste gesta sunt, tam de incestis, quam de ipsis quae inter nos aguntur causis. Sed praecipue illa Dei causa extat omnibus maior, ut inquerere debeatis, cur Proetextatus episcopus gladio in aeclesia fuerit interemtus. Sed et de his, qui pro luxoriam accusantur, debet esse discussio, ut aut victi sanctione sacerdotali debeant emendari, aut certe, si innocentes inveniuntur, publice error criminis auferatur. Tunc iussit, ut in kalendis mensis quarti haec sinodus prolongaretur. »

(1) Greg. ep. tur. *Hist. Franc.*, lib. IX, 32. Ed. Arndt (Pertz, *Scriptores rer. merov.*, t. I, p. 386, ligne 23) : « Multa autem et in Brunichildem regina opprobria iactabat, dicens, eius consilio haec fieri, addens etiam, quod Gundovaldi quondam filium, invitatum coniugio copulare vellit ; unde etiam synodum episcoporum in kalendas Novembris congregare praecepit. »

certaines règles canoniques qu'avait enfreintes ou gardées (là n'est pas la question) l'évêque Proetextatus. Alors même qu'on supposerait que l'histoire de Proetextatus et de Merovech fût fausse, on ne pourrait nier qu'il n'eût existé des règles canoniques prohibant le mariage entre tante et neveu (1).

Les mêmes raisonnements se déduisent également du texte suivant de Grégoire de Tours. « Les prêtres et les grands du pays s'étant réunis, comme nous l'avons dit, sur les confins des territoires des susdites cités, Eulalius se porta partie contre Tétradie, représentée par Agin, et réclama ce qu'elle avait enlevé de sa maison en allant trouver Didier ; il fut décidé que Tétradie restituerait au quadruple ce qu'elle avait emporté : les fils qu'elle avait eus de Didier furent déclarés bâtards ; enfin il fut décidé, qu'après restitution faite à Eulalius, elle pourrait revenir en Auvergne et jouir, sans que personne y trouvât à redire, des biens qu'elle tenait de la succession de son frère ; la chose fut ainsi exécutée (2). »

Ainsi le pouvoir civil n'a plus à l'époque mérovingienne le même rôle qu'au bas empire. L'Etat reste maître de ses actes, mais il collabore volontairement avec l'Eglise

(1) Greg. Tur., *Hist. Franc.*, l. 5, § 19 ; *op. cit.*, p. 289 : ... « Cui rex ait : « Quid tibi visum est, o episcopo, ut inimicum meum Merovechum, qui filius esse debuerat, cum amita sua, id est patru sui uxore, conjungeres ? An ignarus eras, quae pro hac causa canonum statuta sancxissent ? »

(2) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.* trad. Guizot, l. X, § *in fine*, p. 100.

et sur certains points, dans certains cas, il reconnaît qu'elle est plus compétente que lui.

En résumé, pour trois raisons, nous dirons que l'Eglise jouit d'un pouvoir législatif, « parce que les *canones* et les *leges* sont placés sur le même plan », parce que la pratique attestée par Grégoire de Tours le constate et enfin parce que l'abstention du pouvoir royal et le silence des lois civiles sur les questions intéressant le lien de mariage, semblent prouver que l'Eglise en avait la garde.

*
* *

La juridiction ecclésiastique dont nous avons déjà étudié l'action a ceci de particulier, qu'elle s'exerce seulement sur les débats touchant au sacrement même du mariage, au lien proprement dit. Il n'est pas établi que l'évêque ait connu des procès relatifs à la validité d'un mariage après le décès d'un des époux. Il pouvait être utile pour plusieurs personnes de trancher cette question de validité de l'union préexistante, afin de régler des intérêts matériels, ou d'être fixé sur la légitimité des enfants. Néanmoins, il semble bien que l'Eglise n'ait pas assumé la charge de juger ce genre de procès.

Au contraire, lorsque le débat portait sur la question du lien en lui-même, lorsqu'il importait de savoir si les époux devaient être séparés ou rester unis, si le mariage était valable, quoiqu'il eût été contracté au mépris de certaines prohibitions, s'il y avait eu, en un mot, des empê-

chements (parenté ou alliance, rapt, précédente union, etc...), alors intervenait l'*emendatio episcoporum* et les peines canoniques, puis civiles. L'instance était introduite au synode par l'*accusatio matrimonii*. Les synodes « sont des assemblées légitimement convoquées par les évêques dans lesquelles ils réunissent les prêtres et les clercs de leurs diocèses, ainsi que tous les autres qui doivent s'y rendre pour traiter et délibérer de ce qui se rapporte au ministère épiscopal » (1).

De nombreux conciles s'occupent des synodes. Grégoire III, dans une lettre aux évêques de Bavière et d'Allemagne, décrit le rôle de ces assemblées en 737-739 (2).

De même le capitulaire de Vernes, en 755, prescrit la réunion de synodes deux fois par an (3).

Dans les synodes sont prises des mesures d'un caractère général (synodes de Soissons, d'Orléans), mais aussi des décisions d'espèce.

Une lettre de saint Boniface au pape Zacharie s'exprime ainsi a. 742 : « Car l'assemblée synodale et l'église où je suis né et où j'ai grandi, en Angleterre, à Londres (cette

(1) Benoît XIV, *De synodo diocoesana*, lib. I, c. I, n° 4.

(2) Jaffé, *Monumenta Moguntina*, éd. 1866, xxxvii, p. 103 ; Gregorius IV, *papa episcopis Baioariae et Alamanniae*, an. 737-739 : « Catholica et sanctorum patrum iubet auctoritas : ut bis in anno pro salute populi christiani seu exhortatione adoptionis filiorum sinodalia debeant celebrari et causarum canonicarum examinatio provenire ; ut, uniuscuiusque ut necessitas poposcerit, pia edocatione subveniantur. »

(3) Cap. de Vernes, 755, c. IV. Maassen, *op. cit.*, t. II, p. 35 : « IV. Ut bis in anno synodus fiat. »

église fut fondée et organisée au début, par les disciples de saint Grégoire, par Augustin Laurentius Justus, archevêque de Millet), ce synode *jugeait qu'une telle union et un tel mariage étaient le plus grand crime....* (1). »

Dans les cas graves, il y avait lieu d'ordonner la séparation des époux (*distictione ecclesiastica compellente*, disent les textes). Dans d'autres hypothèses, on ordonnait le retour à la vie commune.

Le concile d'Agde de 506, par exemple, s'exprime ainsi : « Sur les laïques qui abandonnent leurs épouses. Quant à ces laïques qui abandonnent ou ont même déjà abandonné le foyer par une faute très grave, sans invoquer aucun motif plausible d'une telle conduite, sans alléguer par exemple qu'ils eussent lieu de croire que leur mariage fût illicite ou entaché d'adultère ; si ces époux, avant d'exposer leur cas devant les évêques de leur province, ont repoussé leurs épouses, *sans attendre la condamnation judiciaire*, (le concile ordonne) qu'ils soient retranchés de la communion de l'Eglise et de l'assemblée du peuple

(1) Jaffé, *op. cit.*, p. 114 : *Bonifatius Zachariae, creato papae gratulatur*, an. 742 : « et votum vovit deo castitatis et velata fuit ; et iterum abjecto velamine, maritata. Tale enim matrimonium supradictus homo sibi ab apostolica sede adffirmat esse. Quod non estimas esse verum. Quia synodus et aecclesia, in qua natus et nutritus fui, id est in transmarina Saxonia Lundunensis synodus — in primis a discipulis sancti Gregorii, id est Augustino Laurentio Justo Millete archiepiscopis, constituta et ordinata fuit — talem copulam et matrimonium maximum scelus et incestum et horrible flagitium et damnabile piaculum fieri, ex auctoritate sanctae scripture iudicabant. »

chrétien pour ce motif, que leur conduite entache la sainteté de la foi et du sacrement de mariage (1). »

Le juge ecclésiastique disposait de pénitences efficaces, par exemple, de celles qui consistaient à exclure le coupable de certaines réunions, à lui faire occuper une place spéciale à l'église, ou porter un costume de pénitent, etc...

Le concile *in Trullo*, canon 87, indique quelques-unes de ces pénitences. « Il a été décidé par les pères que les coupables de cette catégorie pleureraient leur faute pendant un an, seraient auditeurs pendant deux ans, se tiendraient prosternés pendant trois ans et s'assiéraient au milieu des autres fidèles la septième année, et qu'ainsi ils seraient dignes de présenter leur offrande (2). »

(1) Concile d'Agde, an. 506 ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima*, Collectio, t. 8, col. 330 ; Can. XXV, *De saecularibus qui suas uxores derelinquant* : « Hi vero saeculaeres qui conjugale consortium culpa graviore dimittunt vel etiam dimiserunt, et nullas causas discidii probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimittunt, ut aut illicita aut aliena praesumant ; si antequam apud episcopos comprovinciales discidii causas dixerint, et prius uxores, quam iudicio damnentur, abjecerint ; a communione ecclesiae et sancto populi coetu, pro eo quod fidem et conjugia maculant excludantur. »

(2) *Concilium in Trullo Palatii imperatoris*, an 681, can. 87 ; Mansi, *op. cit.*, t. XI, col. 979 : « Quae maritum reliquit est adultera si venerit ad alium, ut vult sacer et divinus Basilius qui ex Jeremia propheta hoc optime collegit : Quod si alii viro uxor fuerit, ad maritum suum non convertetur sed polluta polluetur. Et rursus : Qui autem detinet adulteram, est insipiens et impius, Si ergo, praeter rationem a marito recessisse visa sit, ille quidem venia dignus est, hac vero poena. Illi autem venia dabitur, ut ecclesiae communicet. Sed ei qui legitime sibi datam uxorem relinquit, et aliam ducit, et do-

Quelquefois le juge, ordonnant la séparation des époux, condamnait l'un d'eux au célibat pour un temps plus ou moins long, quelquefois pour la vie. Aussi le décret de Compiègne de 757 s'exprime ainsi : « Si un homme a une femme légitime et que le frère de cet homme commette un adultère avec cette femme, ce frère et cette femme qui se sont rendus coupables d'adultère ne pourront contracter aucun mariage pendant toute leur vie. Le mari, lui, s'il le veut, pourra contracter une nouvelle union (1). »

Si ces injonctions ne sont pas suffisantes, le pouvoir civil intervient. C'est ainsi que le concile de Tours s'exprime en ces termes : « Car ainsi qu'il a été dit plus haut, s'il a pris une autre femme, qu'il soit excommunié et qu'il soit séparé de la société dangereuse de cette femme, même par l'intervention du juge (2). »

mini sententia est adulterii iudicio obnoxius. A patribus enim nostris statutum est, ut qui sunt ejusmodi, annum defleant, biennio audiant, triennio substernantur, et septimo cum fidelibus consistent et sic oblatione digni habeantur. »

(1) *Décret de Compiègne*, 757 ; Boretius, Cap. I, p. 38 : « Si quis homo habet mulierem legitimam, et frater eius adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina, qui adulterium perpetraverunt, interim quo vivunt, numquam habeant coniugium. Ille cuius uxor fuit, si vult, potestatem habet accipere aliam. »

(2) Concilium Turonense, a. 567 ; Maassen, *Concilia*, t. I, p. 126 : « XVI. Si qui in monasterio conversi sunt aut converti voluerint, nullatenus exinde habeant licentiam evagandi nec, quod absit, ullus eorum conjugem ducere aut extranearum mulierum familiaritatem habere. Nam, sicut supra dictum est si uxorem duxerit, excommunicetur et de uxoris male societatis consortio etiam iudicis auxilio separetur. Quod si iudex ad hoc solatium dare voluerit, excommunicetur. Qui infelix monachus tale coniunctione faedatus, si

Il n'est pas inutile d'insister sur cette intervention du bras séculier que nous avons vu se produire lorsque les exhortations, puis l'excommunication prononcées par l'évêque sont restées sans résultat. L'évêque prononce un *arbitrium* qui n'est pas sans analogie avec l'avis que donnait le *judex* dans les actions arbitraires. L'obéissance à l'exhortation, à l'appréciation de l'évêque met fin à la procédure. « *Nisi arbitrio tuo restituat* », disait la formule prétorienne.

Ce juge séculier prononçait des peines corporelles. Il jugeait spécialement les questions d'ordre pécuniaire. Grégoire de Tours rapporte que dans l'affaire d'Eulalius et de Tétradie, cette dernière qui perdait son procès fut condamnée à restituer au quadruple les biens qu'elle avait soustraits à son mari. Il est infiniment probable que cette condamnation pécuniaire fut prononcée par les *virī magnifici*, personnages puissants, que Grégoire de Tours nous représente siégeant à côté des ecclésiastiques à l'audience (1).

per cuiusquam patrociniū se conatus fuerit defensare, et his, qui in hac pertinacitate perdurat, et ille, qui eum exceperit ad defendendum, ab ecclesia segregentur, donec revertatur ad septa monasterii et indictam ab abbate, quamdiu ei praeceptum fuerit, agat poenitentiam ; et post satisfactionem revertatur ad gratiam. »

(1) Greg. Tur., *op. cit.*, L. X, 8, p. 415, *in fine* : « Igitur coniuncti, ut diximus, sacerdotes et viri magnifici in confinio supradictarum urbium, Tetradia ab Agyno repraesentatur, atque Eulalius contra eam causaturus accessit, cumque res, quas de eius, abiens ad Desiderium, domo abstulerat, inquireret, indicatum est Tetradiae, ut quadrupla satisfactione ablata restitueret, filiosque, quos de Desiderio conceperat, incestos habere ; illud etiam ordinantes, ut, si haec quae Eulalio est iussa, dissolveret, accedendi in Arverno licentia

La distance parcourue est donc immense entre l'influence de l'Eglise au v^e siècle et son pouvoir au viii^e. On constate dans sa juridiction comme dans sa législation, une évolution, une transformation entre le bas-empire et le vii^e siècle.

Dans l'empire romain, l'Eglise dispose de sanctions spirituelles, mais ses jugements n'obligent que les consciences, et à côté de la communauté religieuse, l'Etat a ses tribunaux et ses lois. A notre époque, l'Eglise a toujours le même pouvoir disciplinaire, mais, s'il ne suffit pas, elle dispose de sanctions temporelles. L'Etat n'a plus de tribunaux compétents sur la question du lien de mariage. La juridiction de droit commun, c'est le tribunal de l'évêque. C'est lui qui est chargé d'interpréter les lois. Quelles lois ? Il n'y a pas lieu de distinguer entre les lois de l'Etat et les lois religieuses sur notre question, elles ont la même force obligatoire et quelquefois la même teneur. Il apparaît que ce sont les capitulaires, mais aussi et souvent, en même temps, les canons des conciles.

Sur les questions qui se rattachent indirectement au mariage, les tribunaux laïques sont compétents.

Comment s'est fait ce passage d'un état de choses à l'autre ? Si on analyse ce mouvement, on observe que les sanctions disciplinaires de l'Eglise tiennent toujours la première place dans sa juridiction. Il n'y a qu'un point de modifié, c'est le rôle du pouvoir civil. Autrefois, il diffé-

praeberetur, resque suas, quae ei ex paterna successione obveniant, absque calumnia frueretur. Quod ita factum est. »

rait, il avait sa place à part. Maintenant il concourt, il collabore. L'Eglise n'a rien changé à ses méthodes. Elle promulgue toujours les mêmes décrets. Ses évêques prononcent les mêmes sanctions et pénitences. Les matières dont elle connaît ne sont pas plus étendues. Ce qui est changé, c'est le pouvoir civil. C'est lui qui reconnaît que l'Eglise juge bien en ces matières, que l'Eglise suffit. Alors le pouvoir civil s'efface, se retire. Quelles furent les causes de ce mouvement ? On a prétendu que c'était principalement l'affaiblissement du pouvoir séculier. Cette opinion est d'autant moins prouvée que nous voyons l'Etat, persister à juger les procès divers sur les biens et intérêts temporels, procès dans lesquels la sentence du juge devait être aussi difficile à imposer que dans les débats portant sur le lien. Si c'était par faiblesse que l'Etat eût abandonné à l'Eglise son pouvoir de juridiction sur le lien, il se serait en même temps désintéressé de la juridiction sur les biens. A notre époque, ce n'est pas ce motif qui invite l'Etat à se retirer, notamment, jusqu'à une limite précise, déterminée, invariable. Nulle hésitation dans la délimitation des sphères d'action. La véritable explication de la domination du pouvoir religieux, c'est que les questions de mariage sont des questions de conscience, et il n'y a qu'un juge ecclésiastique pour connaître des cas de conscience.

CHAPITRE II

CARACTÈRES DE L'INSTITUTION DU MARIAGE LE PRINCIPE D'INDISSOLUBILITÉ

Comme nous l'avons vu dans un rapide aperçu historique, la législation romaine et les usages germaniques avaient fait du mariage un accord toujours provisoire qui pouvait se résoudre par consentement mutuel ou par la volonté d'un seul des époux.

A Rome, c'était le *liberum matrimonium*. En Germanie, quoique plus rare, la rupture volontaire du mariage ne laissait pas d'être en honneur avec l'usage du *repudium* laissé à l'appréciation du mari.

Il en va différemment en Gaule à l'époque mérovingienne. Peu à peu, nous verrons apparaître les trois caractères principaux que le droit canonique attribue au mariage : l'unité, la perpétuité, la sainteté.

Le premier de ces traits exclut la polygamie, le second le divorce et le troisième a pour effet de relever la dignité du mariage jusqu'à la hauteur d'une chose sacrée à notre époque, d'un sacrement plus tard, et de l'entourer de formes religieuses comme la bénédiction nuptiale.

Le mariage commence à être considéré comme un lien, et un lien indissoluble. Cette idée d'obligations réciproques égales et perpétuelles qui unit les époux l'un à l'autre,

est assurément nouvelle dans la législation de notre époque. Cette conception du mariage, définitif, irrévocable, progresse peu à peu à travers l'époque mérovingienne. Elle y rencontre beaucoup de résistances. Pour la faire accepter, il faudra beaucoup de temps et la pratique connaîtra, pendant une période fort longue, des exceptions au principe de l'indissolubilité.

D'autre part, le lien du mariage est créé par le consentement libre des époux ; sans la volonté personnelle de chacun, il n'y a pas d'union valable et réciproquement cette volonté, à elle seule, suffira à créer le lien de mariage. Ainsi, la femme échappe au *mundium* paternel ou familial. L'ancien pouvoir de la famille germanique sur le mariage des jeunes filles, s'affaiblit et disparaît. Les droits du *paterfamilias* romain cessent également de s'exercer pour laisser au consentement des futurs époux sa liberté. Enfin le mariage revêt une haute dignité. Ce qui sera considéré plus tard comme un sacrement, est déjà un acte religieux et solennel. Pour l'accomplir, non seulement l'usage impose des conditions de forme caractéristiques, mais encore, il y a incompatibilité entre notre institution et certaines situations sociales ou de famille, parce que le mariage est un lien perpétuel et qui implique une certaine manière d'être et un certain genre de vie.

Si le caractère spirituel du mariage a pour effet de le rendre indépendant des contingences sociales, et notamment d'en faire bénéficier les esclaves eux-mêmes, il a aussi

pour résultat de créer des empêchements, par exemple de parenté, ou d'état religieux.

Nous étudierons donc le lien du mariage sous ces divers aspects, son indissolubilité et sa rupture, les principes qui président à sa formation, le consentement, les conditions de forme, les anciens obstacles qui disparaissent et les empêchements nouveaux qui se créent.

Le principe d'indissolubilité et les causes de rupture du mariage.

Au début de l'époque mérovingienne, le mariage est dissout par la mort naturelle de l'un des époux, par le divorce et par la répudiation par le mari.

D'après cette énumération, on pourrait supposer que la législation de notre époque diffère très peu de la législation romaine, en ce qui concerne la dissolution des mariages et la liberté du divorce. Il n'en est rien et il y a, au contraire, de notables progrès à enregistrer, dans le sens de l'indissolubilité du lien conjugal, dès les premiers temps de notre période. Le divorce est certainement plus rare en Germanie qu'à Rome ; néanmoins, le principe existe et il est permis d'affirmer qu'en Germanie comme à Rome, il n'existait pas un lien de mariage véritable.

Cependant, depuis cinq siècles, la doctrine de l'Eglise prêchait l'indissolubilité du lien conjugal. Les paroles mêmes de l'Evangile l'enseignent avec force. « C'est pourquoi, dit saint Matthieu, l'homme abandonnera son père et sa mère et s'attachera à sa femme, et ils seront deux dans

une seule chair. Ainsi ils ne sont plus deux, mais une seule chair. Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a joint (1). » Ces paroles sont déjà celles de la Genèse (2). Saint Augustin, interprétant la pensée chrétienne écrit : « Omne itaque nuptiarum bonum impletum est in illis parentibus Christi, proles, fides, sacramentum : prolem cognoscimus ipsum dominum Jesum, fidem, quia nullum adulterium, sacramentum, quia nullum divortium » (3).

Au chapitre XXI du même ouvrage : *De nuptiis et concupiscentia*, Saint Augustin écrit : « Ce qui est grand dans le Christ et dans l'Eglise, est peu de chose à l'égard de chacun des hommes et des épouses, mais toutefois, c'est le serment d'une inséparable union » (p. 20, note 2).

Enfin dans le livre *De bono conjugali*, Saint Augustin écrit : « Quand le divorce intervient, le lien nuptial n'est pas détruit. Et ainsi lorsque les conjoints sont séparés, il y a encore un adultère à vivre avec eux, après le divorce (4). »

(1) (Traduction Bourassé et Janvier). — *Evangelium secundum Mattheum*, XIX ; Firmin Didot, 1848 : 3. « Et accesserunt ad eum pharisæi tentantes eum, et dicentes : si licet homini dimittere uxorem suam, quacumque ex causa ? »

4. « Qui respondens ait eis : Non legistis quia qui fecit hominem ab initio, masculum et feminam fecit eos ? et dixit :

5. « Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una.

6. « Itaque jam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet. »

(2) II, 24.

(3) Sancti aureli Augustini, *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum*, vol. 42, d. VIII, pars II, p. 225 ; *De nuptiis et concupiscentia*, I, 13.

(4) *Ibid.*, Décr. II, Can. 32, Qu. VII : « C. I, Augustinus in libero

Je pourrais multiplier les citations des œuvres des pères de l'Eglise, mais comme elles appartiennent à d'autres époques, je me contente des passages que je viens de reproduire, pour établir que la règle de l'indissolubilité est affirmée dès l'origine chez les Chrétiens de l'Empire.

Cependant, au point de vue légal et même après les invasions, en Gaule, le divorce par consentement mutuel reste en vigueur. La pratique le conservera longtemps. Ce fait est attesté par les formules qui nous sont parvenues. Par exemple, dans le recueil de formules publiées par de Rozières, nous lisons : « Sécurité. — Puisque entre lui et son épouse, ce n'est plus la charité selon Dieu qui domine leur union, mais la discorde et que par conséquent, il leur est tout à fait impossible de vivre ensemble, ils ont trouvé bon, d'un commun accord, de mettre fin à leur union, et ainsi fut fait. Aussi, ils ont décidé d'écrire cet acte mutuel d'une seule teneur et de le confirmer. Ainsi chacun aura la liberté ou de se consacrer au service de Dieu dans un monastère ou de contracter un nouveau mariage (1) ... »

de bono conjugali. Interveniens divortio non aboletur confederatio nuptialis, ita ut sibi coniuges sint etiam separati, cum illis autem adulterium committitur, quibus etiam fuerint post suum repudium copulati. »

(1) De Rozières, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*, 1^{re} partie, édit. Durand, p. 140, formule 112 : « Securitas ; dum inter illo et conjugia sua illa non caritas secundum Deo, sed discordia regnat inter illos, et ab hoc pariter conversare minime possunt, placuit utriusque voluntas ut de hac consortio severare deberent, quod ita et fecerunt, Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et adfirmare decreverunt, aut unusquisque ex ipsis sive ad servitium Dei [in] monasterio aut copolare

La loi des Burgondes admet le divorce pour des causes déterminées, qui sont l'adultère, les maléfices et la violation de sépulture. Le Chapitre IV du titre XXXIV de *Divortiiis* ajoute cependant : « Si l'existence d'aucun de ces trois délits n'a été reconnue (en justice), il n'est pas permis de renvoyer sa femme en alléguant quelque autre forfait. Mais, si le mari le préfère, il n'a qu'à quitter la maison après avoir renoncé à ses biens, et la femme prendra avec ses fils, les choses que possédait son mari (1). »

matrimonium sociare voluerit, licentiam habeat, et nulla requisitione et hoc de parte promissa nihil habere non debeat. Si quis vero, si aliqua pars ex ipsis hoc inmutare voluerit, inferat pari suo auri tantum, et (ut) decreverunt, a proprio consortio siquistrate in eam quam elegerint parte permaneant, stipulatione subnixa.

« Actum illo... »

— *Ibid.*, p. 139, formule CX, *Libellum repudii* : « Certis rebus et probatis causis inter maritum et uxorem repudiandi locus patet a. Idcirco dum inter illum et conjugem suam illam, non caritas secundum Deum sed discordia regnat, et illorum nulla est voluntas pariter conversandi, placuit utrisque voluntatibus ut se a consortio conjugali separare deberent, quod ita et fecerunt... »

(1) R. de Salis, dans *Monum. German. Leg.*, sectio I, t. II, pars I, p. 68, *Leges Burgundionum, Liber constitutionum*, XXXIV, *De Divortiiis* : 1) « Si qua mulier maritum suum, cui legitime est juncta, dimiserit, necetur in luto.

2) « Si quis uxorem suam sine causa dimiserit inferat ei alterum tantum, quantum pro pretio ipsius dederat, et multae nomine solidos XII.

3) « Si quis vero uxorem suam forte dimittere voluerit et ei potuerit vel unum de his tribus criminibus adprobare, id est : adulterium maleficium vel sepulchrorum violatricem, dimittendi eam habeat liberam potestatem ; et iudex in eam sicut debet in criminosa, proferat ex lege sententiam.

4) « Quod si de his tribus facinoribus nihil admiserit, nulli viro liceat de altero crimine uxorem suam dimittere. Sed si malue-

La simple lecture de ce texte suffit à montrer combien le divorce chez les Burgondes était loin du divorce romain.

De même la loi des Wisigoths, titre VI, chapitre II, s'exprime ainsi : « Qu'il n'y ait point de divorce entre les époux... afin que personne n'abandonne jamais sa femme si ce n'est à cause d'adultère et qu'on n'ait pas l'audace de divorcer par déclaration ou par libelle, ou sous quelque prétexte que ce soit (1). »

La loi des Wisigoths institue en fait la séparation de corps en permettant aux époux de se séparer dans des cas déterminés, mais en leur interdisant de contracter un nouveau mariage (2).

Malgré ces textes législatifs, les formules indiquent que la pratique admettait le divorce, cela s'explique par la persistance des usages, souvent plus puissants que la force

rit exeat de domo rebus omnibus dimissis ; et illa cum filiis suis quae maritus habuit potiat. »

(1) *Lex Wisigothorum*, Zeumer dans *Mon. germ. Leg.*, sect. I, t. I, p. 167 ; tit. VI, ch. II, *Ne inter conjuges divortium fiat* : ... « ut nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa uxorem suam aliquando relinquat et neque per testem neque per scripturam seu sub quocumque argumento, facere divortium inter se et suam conjugem audeat. » — Voir aussi ch. III, *ibid.*, p. 170.

(2) *Ibid.*, III. VI. 2. p. 169 — « Nam si in coniugio positus, uxorem videlicet et marito, maritum forte constituit iuste cuilibet servum addictum ; si noluerit mulier manere illum in coniugali secum consortio, tam diu se noverit caste vite freno manere constricta nec nubendi alteri viro concedi sibi licenciam, donec eius maritus, de quo dictum est, debitam extreme vite sortem exsolvat. »

Ibid., p. 167 « Certe si conversionis ad Deum voluntas extiterit communem adsensum viri scilicet et mulieris sacerdos evidenter agnoscat ut nullam postmodum cuilibet eorum ad coniugalem aliam copulam revertendi excusatio intercedat ».

des lois et aussi par les différences de coutumes entre les régions diverses de la Gaule.

La volonté de divorcer était manifestée par les époux en présence du comte ou des autres personnages marquants (1).

Cependant l'Eglise continue de militer avec ardeur en faveur du principe de l'indissolubilité. Le concile d'Agde en 506, dans un passage déjà cité à propos de la juridiction ecclésiastique, réproouve le divorce et le frappe de pénalités spirituelles (2).

Le concile d'Hereford au canon X sur le mariage s'exprime ainsi : « Pour les époux afin que personne ne puisse contracter un mariage illégitime. Que personne ne commette d'inceste, que nul n'abandonne son épouse, à moins que ce ne soit, selon la doctrine du saint Evangile, pour cause d'adultère. Si quelqu'un a renvoyé son épouse, unie à lui par un mariage légitime, et qu'il veuille rester bon chrétien, il n'ira trouver aucune autre femme ; mais il restera ainsi, ou bien il se réconciliera avec son épouse (3). »

(1) De Rozières, *op. cit.*, p. 141, formule 113, *Libellum repudii* : « Dum inter illo et conjugem suam illam, non caritas secundum Deum, sed discordia inter eos regnat, et ob hoc ad invicem sibi adversantur, et minime possunt se habere, ideo venientes pariter illo mallo, ante illum comitem vel reliquis bonis operibus (corrige. hominibus), placuit utriusque voluntates ut se a consortio separare deberent, quod ita et fecerunt. »

(2) Concile d'Agde, Can. XXV ; Mansi, *Sacrorum conciliorum collectio*, t. VIII, col. 330.

(3) Concile d'Hereford, Can. X : *De conjugio* [Mansi *concil. Collectio*, t. XI], « Pro conjugiiis ut nulli liceat nisi legitimum habere connubium. Nullus incestum faciat, nullus conjugem propriam, nisi ut sanctum

Le concile d'Orléans, en 533, fulmine contre le divorce par consentement mutuel. Voyez page 34, note 1.

Le concile *In trullo palatii imperatoris* de 681 reproduit longuement les mêmes dispositions. Le canon 87 commence par définir l'adultère. « La femme qui abandonne son mari commet un adultère si elle se donne à un autre homme, comme l'enseigne le saint et divin Basile qui cite fort heureusement le prophète Jérémie... : « Et plus loin celui qui vit avec une femme adultère est insensé et impie. Donc s'il apparaît qu'une femme ait délaissé son mari sans motif, cet homme est digne d'être traité avec bonté ; mais cette femme est digne de châtiment. Celui-là obtiendra la faveur d'être dans la communion de l'Eglise, mais celui qui abandonne sa femme légitime et en prend une autre, est passible d'une condamnation d'adultère selon la loi du Seigneur (p. 40, note 2). » La fin de ce canon indique les diverses pénalités qui, au cours de sept années consécutives, atteindront successivement les coupables. J'ai cité ce passage, à propos des pénitences que les Evêques pouvaient imposer. Le christianisme essaie donc, par tous les moyens, de lutter contre le divorce et contre les répudiations. Le *repudium* germanique avait laissé dans les mœurs des traces extrêmement profondes. Les récits de Grégoire de Tours, par exemple, nous fournissent la preuve de ces usages demeurés en vigueur au moins chez

evangelium docet, fornicationis causa relinquat. Quod si quisquam propriam expulerit conjugem legitimo sibi matrimonio conjunctam, si christianus esse recte voluerit, nulli alteri copuletur ; sed ita remaneat aut propriae reconcilietur conjugii. »

les grands personnages et chez les princes. Ici il ne faut pas s'étonner que de telles pratiques aient persisté longtemps et, sans aucun doute, le petit peuple a été plus vite corrigé de ces usages, que les nobles ; il faut se rappeler en effet que les riches Germains, comme en témoigne Tacite, pratiquaient la polygamie, « moins par amour du vice, ajoute cet auteur dans une vue trop idyllique de la Germanie, que parce que leur noblesse faisait ambitionner leur alliance ».

Les efforts de l'Eglise cependant, finissent par triompher des dernières résistances à mesure que l'union se fait plus étroite entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux, au point de vue de la législation et de la juridiction sur le lien de mariage.

C'est ainsi que la capitulaire de Soissons en 744, énonce le principe de l'indissolubilité dans des termes extrêmement clairs et généraux : « Qu'un mari du vivant de sa femme ne prenne point une autre épouse ; qu'une femme, du vivant de son mari, ne prenne point un autre époux, car le mari ne doit pas abandonner sa femme à moins que ce ne soit pour cause d'adultère (1). »

Le principe est donc affirmé dans les lois. Mais la pratique contient encore bien des lacunes et, à titre d'except-

(1) Pippini Principis, *Capitulare Suessionense*, an 744, Mart. 2 ; Boretius, p. 29 : « N° 9. Similiter constituemus ut nullus laicus homo Deo sacrata femina ad mulierem non habeat, nec suam parentem ; nec marito viventem sua mulier alius non accipiat, nec mulier vivente suo viro alium accipiat ; quia maritus muliere sua non debet dimittere, excepto causa fornicationis deprehensa. »

tions, des lois subséquentes permettront même des licences qu'on prendra plus tard pour des cas de nullité et qui ont été à l'origine, à notre époque, des cas de divorce. Ce sont ces exceptions formulées par l'usage ou insérées dans des lois que je me propose d'exposer dans le paragraphe suivant :

Exceptions au principe de l'indissolubilité.

Avant l'établissement définitif d'une théorie, il y a toujours des hésitations, sinon dans la doctrine, du moins dans la jurisprudence ; telle fut l'histoire de l'indissolubilité ; mais à ce point de vue même, il faut encore distinguer. L'une des exceptions n'est pas seulement le résultat de l'indécision, de la faiblesse de la théorie. Elle repose, au contraire, sur des raisonnements qui, à première vue, peuvent paraître solides. C'est le divorce pour cause d'adultère de la femme. En effet, pour s'expliquer le système de cette doctrine ancienne, il suffit de se reporter aux deux textes suivants de l'Evangile de St Matthieu.

« Il a été dit encore : Que quiconque renvoie sa femme lui donne un acte de répudiation, mais moi je vous dis que quiconque aura renvoyé sa femme, excepté pour cause d'adultère, la fait devenir adultère, et que quiconque épouse une femme ainsi renvoyée commet un adultère (1). »

(1) (Traduction Bourassé et Janvier). — *Evangelium secundum Matthaeum*, V ; Firmin Didot, 1848 : 31. « Dictum est autem : Quicumque dimiserit uxorem suam, det ei libellum repudii.

32. « Ego autem dico vobis quia omnis qui dimiserit uxorem

L'autre texte est ainsi conçu : « Mais pourquoi, lui dirent-ils, Moïse a-t-il ordonné qu'on donne à sa femme un acte de répudiation et qu'on la renvoie ? »

Il leur répondit : « C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de quitter vos femmes, mais dès le commencement, il n'en a pas été ainsi.

Or, je vous déclare que quiconque quitte sa femme, si ce n'est en cas d'adultère, et en épouse une autre, commet un adultère ; et que celui qui épouse une femme renvoyée commet un adultère (1). »

Ces textes donnaient lieu à plusieurs interprétations, sans doute, l'Évangile condamnait l'abandon et le renvoi de la femme par le mari, mais il y avait une exception : *nisi ob fornicationem, excepta fornicationis causa*. C'est, même dans la forme, le langage des formules dans la procédure prétorienne des Romains. Mais toute la question était de savoir si l'exception s'appliquait à l'ensemble de la doctrine, ou bien si elle intéressait seulement la première situation visée, à savoir, l'abandon de la femme par le mari. Les interprètes de cette époque ont cru que

suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari ; et qui dimissam duxerit, adulterat. »

(1) Même traduction. — *Evangelium secundum Matthaeum*, XIX ; Firmin Didot, 1848 : 7. « Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii, et dimittere ? »

8. « Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras, ab initio autem non fuit sic.

9. « Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxerit, moechatur ; et qui dimissam duxerit moechatur ».

l'exception avait une portée générale et qu'ainsi le mari qui, ayant abandonné sa femme pour cause d'adultère, en épousait une autre, ne commettait point d'adultère. Il y avait une imperceptible entorse donnée à l'analyse grammaticale du texte. On s'en était mieux aperçu, aux époques antérieures, d'une civilisation plus raffinée, et saint Augustin (1), saint Jérôme (2), saint Basile (3), Lactance (4) se prononcent pour l'indissolubilité absolue du mariage.

D'autre part, Tertullien, saint Epiphane, saint Grégoire de Naziance, saint Jean Chrysostome admettent le divorce dans ce cas. Certains prétendent même que l'Evangile prononce ici la dissolution absolue du mariage et rend aux deux époux, et non pas seulement au mari, la liberté ; c'était aller bien loin sur une base fragile ; car les textes, s'ils n'étaient pas contraires à cette prétention, étaient au moins douteux, et, de plus, absolument isolés

Malgré tout, comme il pouvait y avoir des chances pour que les interprètes libéraux eussent raison, les conciles du v^e au viii^e siècle, montrent de l'indulgence à l'égard de l'homme qui a divorcé pour cause d'adultère de sa femme. Sans doute les conciles de Carthage 407, d'Angers 453, réprouvent le second mariage. Le concile de Vannes, an 465, ne frappe pas le mari de pénalités dans

(1) *De serm. Dom. uin monte*, lib. I, n^{os} XIX et XLIII.

(2) *Epist.* LXXXIV.

(3) *Epist. ad Amphil.*

(4) *Lib. VI, ch. XXXIII.*

un tel cas. Le synode *santi Patricii* de date incertaine, c. XXVI, s'exprime en ces termes : « Il n'est pas permis au mari de renvoyer sa femme si ce n'est pour cause d'adultère et s'il soutient que c'est pour cette raison. Dès lors, s'il en épouse une autre, comme si la première était morte, il en est libre. »

Le concile d'Agde veut que les époux s'expliquent à l'évêque (p. 40, note 1). L'excommunication n'est plus prononcée que contre ceux qui ont refusé de se soumettre à son autorité. M. Esmein en déduit que cette prescription équivaldrait à déclarer que toutes les raisons peuvent être admises, puisque l'on est autorisé à les faire valoir.

Il y a, ce me semble, une nuance à faire ressortir. De ce que le plaideur est admis à soutenir un système, il ne s'ensuit pas que ce système soit admissible. Est-ce là ouvrir la porte « à toutes les transactions nécessaires (1) ? »

A quelques années de distance, le concile de Nantes (658) défend au mari, qui a répudié sa femme adultère, de se remarier tant qu'elle vit (2). Le concile d'Hereford (673) ne formule la même injonction que sous forme de conseil (p. 52, note 3). Le concile *in Trullo*, en 681, ne fait aucune exception pour le mari et ne prévoit pas l'hypothèse d'un second mariage légitime (p. 40, note 2).

Enfin le capitulaire de Soissons, de 744, termine l'énumération des cas de divorce défendus par l'insertion de la

(1) Esmein, *Le mariage en Droit canonique*. Ed. 1891, t. II, p. 57.

(2) « Vir vero ejus, illa vivente nullatenus aliam accipiat. » (Can. XII); Mansi, *op. cit.*, t. VIII, col. 169.

formule *excepto causa fornicationis deprehensa*, sauf en cas d'adultère.

Il faut signaler sur cette question une lettre de Maringoz, évêque de Wirtzburg, qui donne une solution extrême, estimant qu'en cas d'adultère de la femme, le mari doit abandonner son épouse : « En effet, dit-il, Essidore et Jérôme sont d'accord pour affirmer qu'un homme ne doit pas conserver une femme adultère, qui, quoique liée à lui, s'unit à la façon d'une courtisane à quelque autre ; divisant misérablement le foyer conjugal, elle se rend indigne et s'exclut de l'honneur du mariage institué par Dieu ; et cette attitude du mari est prescrite ou du moins permise par le Sauveur, lorsqu'il enseigne qu'on ne doit point renvoyer sa femme, à moins que ce ne soit à cause d'adultère (1). »

Ainsi le divorce pour cause d'adultère de la femme semble être demeuré dans les mœurs de l'époque mérovingienne ; comme l'explique le texte d'un concile cité plus haut, on suppose que la femme qui s'est à ce point compromise est morte ; elle n'existe plus aux yeux de son mari. La dissolution du lien conjugal se produit comme après

(1) Jaffé, *Monumenta Moguntina*, p. 258 ; Lettre de Maringoz, *episcopus Wirtzburgensis*... « Videntur namque concorditer Essidorus ac Hieronimus adfirmare : non debere adulteram teneri a viro, cui sociata alteri se more meretricis adjungat ; utpote quae, unam carnem nefarie dividens, indignam se et alienam ab honore conubii divinitus instituti reddiderit ; et hoc esse preceptum vel permissum a Salvatore, cum uxorem non demittendum absque fornicationis causa preciperet. »

le décès de l'un des époux. Ces raisonnements essaient de justifier une interprétation trop libre d'un texte. Mais, en ce qui concerne les autres exceptions, il y a peu de systèmes, il y a encore moins de bases. Les mœurs du temps exercèrent certainement une grande influence sur les décisions des assemblées ecclésiastiques locales, et, en l'absence d'un dogme établi d'une manière définitive, M. Esmein écrit que « c'étaient autant de concessions imposées à l'Eglise par la nécessité de ne pas se mettre en opposition trop raide avec les lois civiles ».

Il est évident qu'il intervient à cette époque, entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux, une entente, ayant pour but de concilier autant que possible les coutumes franques et les lois ecclésiastiques. Le capitulaire de Soissons, en 744, suit immédiatement le synode du même lieu.

Les synodes de Compiègne et de Verberie ne font qu'un avec les décrets datés des mêmes villes, en 757, et en 768 ou 58. La préoccupation de faire l'union entre les tendances, traditionnelles et celles de l'Eglise, se manifeste dans le synode de Compiègne auquel prirent part les légats du pape Etienne III, l'évêque Georges d'Ostie et le sacellarius Jean. C'est ainsi que plusieurs décrets portent l'approbation du légat : « *Georgius consensit* ».

Passons à l'analyse de certaines exceptions qui sont mentionnées dans les décrets de Compiègne et de Verberie ; quoique ces décrets, par leur date, n'appartiennent pas rigoureusement à l'époque que nous étudions, il est

évident que les usages qu'ils sanctionnent existaient auparavant et dans les années qui précédaient leur rédaction. Ainsi, il est nécessaire de les citer.

Le canon XVI du synode de Compiègne traite de l'entrée en religion d'un des époux : « Si un mari s'est séparé de sa femme et lui a donné la permission de s'adonner par piété au service de Dieu dans un monastère, ou bien s'il lui a donné l'autorisation de prendre le voile en dehors d'un monastère comme nous l'avons dit, pour Dieu, ce mari pourra épouser légitimement une autre femme et réciproquement il en va de même pour l'épouse.

Georgius a approuvé cette décision (1). »

Il est tout à fait intéressant de voir cette séparation ainsi comprise. L'entrée dans un monastère est, au point de vue mystique, une retraite tellement profonde que le monde est devenu étranger aux religieux. Ils ont traversé les clôtures que décrira un mystique, comme Ruysbroeke, et dont la rigueur équivaut au passage dans la vie future. Ce cas de divorce, pour cette raison, ne manque pas d'une certaine poésie.

Il en est de même pour le cas du lépreux. Cette disposition s'explique comme la précédente, et pour des motifs analogues, quand on considère la position de lépreux à

(1) *Decretum Compendiense*, an. 757 ; Can. XVI ; Boretius, p. 38 : « Si quis vir dimiserit uxorem suam et dederit comiatum pro religionis causa infra monasterium Deo servire aut foras monasterium dederit licentiam velare, sicut diximus propter Deum, vir illius accipiat mulierem legitimam. Similiter et mulier faciat : Georgius consensit. »

l'époque médiévale. Même antérieurement, ils étaient vraisemblablement reclus ou tout au moins isolés. Il y avait une séparation absolue entre ces malheureux et le reste du monde. On peut citer sur leur condition, un texte de l'édit de Rotharis ainsi conçu : « Un homme qui est devenu lépreux, et dont l'état est parvenu à la connaissance du juge ou du peuple, sera expulsé de la cité et de sa maison, à condition que le fait soit établi. Et ainsi il habitera seul. Il ne lui sera plus permis de vendre ou de céder ses biens à quelque personne que ce soit. Car, du jour où il sera expulsé de chez lui, il sera considéré comme mort. Cependant, durant le reste de sa vie, il recevra des aliments, pris sur la fortune qu'il aura laissée, en compensation (1). »

Le canon XIX du synode de Compiègne montre les conséquences de cette situation : « Si un lépreux a une femme en bonne santé et s'il veut lui donner l'autorisation de prendre un autre mari, cette femme, si elle y consent, l'épousera. Réciproquement l'homme fera de même (2). »

(1) *Edictus Rothari*. Ed. Bluhme, p. 41. Dans *Monumenta Germaniæ, Leges*, t. IV. C. 176 : « Si quis leprosus effectus fuerit et cognitum fuerit Iudici vel populo, certa rei veritas, et expulsus sit foris a civitate, aut casam suam, ita ut solus inhabitet, non sit ei licentia res suas alienare, aut thingare cuilibet personae. Quia in eadem die, quando a domo expulsus est, tanquam mortuus habetur : tamen dum advixerit, de rebus, quas reliquerit, pro mercedis intuitu nutriatur.

(2) *Decretum Compendiense*, an. 577 ; Boretius, t. II, p. 39 : « Si quis leprosus mulierem habeat sanam, si vult ei donare comiatum ut accipiat virum, ipsa femina, si vult, accipiat : similiter et vir. »

Cette disposition n'est pas plus surprenante que la précédente. La seule chose étonnante, c'est l'absence complète de délicatesse qu'elle laisse à supposer envers un malheureux.

L'impuissance met obstacle à la réalisation du mariage. Le but de l'union conjugale n'est pas obtenu. Aussi cette situation est-elle considérée de bonne heure comme un obstacle au mariage ; contracté dans ces conditions, le mariage est nul. L'impuissance est classée parmi les empêchements. A notre époque, il faut se rendre compte de l'importance attachée au rapprochement des époux, à la *copula carnalis*. On a longuement discuté la question de savoir si cette union matérielle était nécessaire, ou si le consentement clairement exprimé des époux suffisait à la perfection du sacrement. C'est à ce sujet que les doctrines de Gratien et de Pierre Lombard ont différé et qu'il a été admis, en définitive, que le consentement seul suffisait à créer un mariage valable ; si ce consentement est suivi d'un commerce régulier, il y a une union, qu'aucune preuve contraire ne saurait atteindre. Le cardinal Gasparri, dans son *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. I, p. 25, écrit : « Si sponsi post inita valida sponsalia commiscuntur, jam habetur perfectum matrimonium, quod dicitur, praesumptum, quia praesumptioni juris et de jure initur. *Ibid.*, tradit. Grég. IX, in cap. 30, de sponsalibus. »

Si ce consentement reste sans conséquence, il y a lieu de demander à l'Eglise une *dispensatio* qui permet de considérer le lien conjugal comme nul.

Etant donnée cette théorie du mariage, l'impuissance

superveniens, n'annule pas le mariage à l'époque médiévale. Il n'en est pas ainsi à notre époque ; il semble bien qu'on ait attaché une bien plus grande importance à la *copula carnalis*. Hincmar de Reims, un siècle plus tard, exposera cette théorie.

Le mariage qui ne pouvait plus subsister, pour quelque cause, séparation, obstacle ou maladie, a des chances d'être dissous. On ne trouverait pas de précédents à ce système. A Rome, en effet, le divorce était si largement ouvert à tous, qu'il n'était pas souvent besoin d'invoquer spécialement le motif d'impuissance pour rompre l'union ou l'apparence d'union conjugale. Au bas-empire, les restrictions imposées au *liberum matrimonium* obligent les époux à invoquer des motifs de rupture. C'est alors qu'on commence à parler de l'impuissance, afin d'échapper à des sanctions pécuniaires. Justinien fait figurer cette situation au nombre des causes légitimes de répudiation (1).

Le pape Grégoire II, dans une lettre insérée au décret de Gratien (2), laisse à penser que « l'Eglise, comme l'écrit M. Esmein, permettait parfois le divorce, lorsque l'impossibilité de la part d'un des époux, d'entretenir les relations conjugales, ne s'était manifestée qu'au cours du mariage. »

(1) Const. XCVIII.

(2) *Decreti secunda pars. causa, XXXII, quaest. VII, C. XVIII*. Dans Friedberg, *Corpus juris canonici* ; Item Gregorius iunior Bonifatio episcopo : « Quod posuisti, si mulier infirmitate correpta non voluerit viro debitum reddere, quid eius faciat iugalis : bonum esset, si sic permaneret, ut abstinentiae vacaret, sed quia hoc magnorum est, ille, qui se non poterit continere, nubat magis ; non tamen ei subsidii opem subtrahat, quam infirmitas prepediit, non detestabilis culpa excludit. »

Au synode de Compiègne, en 757, l'impuissance du mari est considérée comme une cause de divorce, mais pour la preuve, on s'en rapporte à la déclaration du mari lui-même (1).

Le synode de Verberie réforme ce mode de preuve qui constituerait en définitive un moyen extrêmement commode de divorcer par consentement mutuel. Cette assemblée décide que les époux devront, dans un tel procès, se soumettre à l'épreuve de la croix. Voici le texte : « Si une femme se plaint de ce que son mari vit toujours éloigné d'elle, qu'ils encourent l'épreuve de la croix, et si le fait allégué est vrai, qu'ils soient séparés. La femme pourra choisir le genre de vie qu'elle voudra (2). »

Les *libri Poenitentiales* ne manquent pas sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, de fournir des renseignements pratiques, extrêmement intéressants. Le *Poenitientiale* Théodori formule la règle suivante : « Si un homme et une femme ont contracté mariage et que par la suite la femme allègue l'impuissance de son mari, elle pourra en épouser un autre, pourvu que l'on puisse prouver que sa prétention est exacte (3). »

(1) *Décret de Compiègne*, 757 ; Boretius, t. I, p. 39 : XX. « Si quis vir accepit mulierem et habuit ipsam aliquo tempore et ipsa femina dicit quod non mansisset cum ea et ille vir dicit quod sic fecit. in veritate viri consistat, quia caput est mulieris (a). De muliere, quae dicit quod vir suus ei commercium maritale non reddidit, Georgius consensit. »

(a) Epist. prima ad Corinth., 11, 3. Epist. ad Ephes., 5, 23.

(2) *Concile et Décret de Verberie* ; Boretius, Cap. I, p. 41, XVII. « Si qua mulier se reclamaverit, quod vir suus nunquam cum ea mansisset, exeant inde ad crucem ; et si verum fuerit, separentur, et illa faciat quod vult. »

(3) Theodorus, *Poenitientiale*, Ed. Wasserschleben-Bussordnungen

Le troisième cas de rupture du lien conjugal, c'est le *casus apostoli*. Il faut supposer que des infidèles étant mariés, l'un d'eux se convertit au christianisme. D'après saint Paul, dans l'épître aux Corinthiens, il n'est pas nécessaire que l'époux converti se sépare de celui qui est resté païen. Cette conduite serait même mauvaise. Mais si l'infidèle prend les devants et répudie l'époux converti, alors celui-ci reprend sa liberté ; saint Paul montre la bonté dont doivent user ceux qui ont reçu la foi. Il ne faut pas que ce soit pour eux une raison de mépriser et d'abandonner ceux qui n'ont pas eu le même bonheur. Mais si on les chasse, ils ne sont plus responsables de la rupture, et leur liberté reste entière. « *Quod si infidelis discedit, discedat.* » De bonne heure, on prétendit que les mariages contractés par des infidèles n'obligeaient pas les époux à rester unis après la conversion de l'un d'eux. Mais saint Augustin démontre que cette théorie n'est pas toujours vraie : « Voici, ce me semble, quel est l'enseignement de l'apôtre : « l'époux fidèle peut-il abandonner l'épouse infidèle. Sans doute la loi de Dieu ne l'interdit pas, mais l'Apôtre le défend. Car ce n'est pas seulement ce que la loi de Dieu prohibe, qui est défendu : l'Apôtre enseigne donc quels avantages nombreux il y aurait pour les fidèles à ne pas user de la liberté qui leur est laissée de se séparer des époux infidèles. »

der Abendländischen Kirche, p. 216, n° 32 : « Si vir et mulier conjunxerint se in matrimonio, et postea dixerit mulier de viro, non posse nubere cum ea, si quis poterit probare quod verum sit, accipiat alium. »

Il te semble qu'il n'est pas permis aux fidèles de renvoyer les infidèles, parce que l'Apôtre le défend, et moi je dirais que cela est permis, en principe, puisque Dieu ne l'interdit pas, mais j'ajoute que cette conduite n'est pas à propos : car l'Apôtre la déconseille et il en donne la raison, bien que ce soit autorisé en principe. « Etes-vous bien sûre, femme, de travailler au salut de votre époux ? » Et plus haut, (St Paul) avait dit : « Le mari infidèle trouvera son salut dans la société d'une femme fidèle et la femme infidèle sera sanctifiée dans la société de son frère (chrétien)... Il y a, en effet, beaucoup de choses qu'il faut faire, non parce que la loi nous y force, mais par une libre charité et, parmi nos devoirs, ceux-là sont les plus doux que nous accomplissons par simple affection, alors que nous pourrions nous en dispenser (1). »

(1) *Decreti secunda pars causa*, XXVIII, q. I. ; Friedberg, I, p. 1082 ; C. VIII ; Augustinus ad Pollentium, Lib. I, *de adulter. conjugis*, C. 13 et 14 : « Quod michi visum est eum (apostolum) monendo dixisse. Quia enim conjux fidelis relinquere conjugem licite potest infidelem, ideo hoc fieri non Dominus, sed Apostolus prohibet. Quo enim Dominus prohibet fieri omnino non licet. Monet ergo Apostolus, quod possit esse multorum occasio lucrandorum, ut fideles coniuges in relinquendis infidelibus permissa licentia non utantur. Tibi autem videtur, infideles quoque dimitti a fidelibus non licere, quia hoc vetat Apostolus, cum ego dicam licere, quia hoc non vetat Dominus ; non tamen expedire, quia hoc ne fiat monet Apostolus, qui reddit etiam rationem cur fieri non expediat, quamvis liceat. « Quid enim suis (inquit), mulier, si virum salvum facies ? » Cum etiam superius dixisset : « Sanctificatus est vir infidelis in muliere fidei, et mulier infidelis sanctificata est in fratre (hoc est in Christiano)... Multa sunt autem facienda, non jubente lege, sed libera karitate, et ea sunt in nostris offitiis gratiora, que, cum liceret nobis etiam non inpendere, tamen causa dilectionis inpendimus ».

Ces deux opinions se retrouvent beaucoup plus tard. Elles sont insérées au C. XXVIII, qu. II.

C. I. — « Si quelqu'un a pris pour femme une jeune fille avant le baptême, il ne pourra, après le baptême, et tant qu'elle vivra, prendre une autre femme. Ce sont les fautes que le baptême efface : ce ne sont pas les unions. »

C. II. — « Si un infidèle s'éloigne (de sa femme) par haine du nom chrétien, qu'elle s'éloigne.....

« Il n'y a pas de péché pour celui qui a été ainsi renvoyé pour Dieu, à se marier ailleurs, car le mépris du Seigneur a rompu le lien de mariage à l'égard de celui qui a été ainsi abandonné (1). »

Plus tard, on expliquera ces solutions en disant que le mariage des infidèles est valable (*verum ac legitimum*), mais n'est pas *ratum*, c'est-à-dire parfait. Si l'un des époux se convertit, il peut invoquer ce motif pour se séparer. Quoique la théorie soit loin d'être nette, elle se dégage très bien de la pratique. Le Pénitentiel de Theodorus nous donne des règles précises. Par exemple : « Celui dont la femme est infidèle et païenne et ne peut être convertie, a

(1) *Decreti secunda pars*, C. XXVIII, q. II ; C. I, *ex concilio Meldensi* : « Si quis habuerit uxorem virginem ante baptismum uiuente illa post baptismum alteram habere non potest. Crimina enim in baptismo soluuntur, non conjugia. »

C. II : « Si infidelis discedit odio Christianae fidei, discedat. Non est enim frater aut soror subjectus servituti in huiusmodi. Non est enim peccatum dimisso propter Deum, si alli se copulaverit. Contumelia quippe Creatoris solvit jus matrimonii circa eum, qui relinquitur. Infidelis autem discedens, et in Deum peccat et in matrimonium, nec est ei fides servanda coniugii, qui propterea discessit, ne audiret Christum esse Deum Christianorum coniugiorum. »

le droit de la renvoyer » (1). Il y aurait lieu à ce sujet de citer certains textes relatifs au mariage des juifs et des hérétiques, mais comme j'aurai à revenir sur cette question au chapitre des empêchements, je préfère y rattacher ces indications.

Une quatrième cause de divorce, c'était la situation d'esclave. Ce n'est pas de l'erreur sur la condition que je me propose de parler ici. Cette question sera étudiée avec les autres empêchements. Là j'essaierai de montrer les progrès qui ont été réalisés, précisément à l'époque mérovingienne, afin de créer à l'esclave un statut familial et de le soumettre, au point de vue du mariage, aux mêmes règles et aux mêmes coutumes que les autres sujets.

Ici, je m'occuperai seulement de l'esclavage considéré comme une exception à la règle de plus en plus suivie de l'indissolubilité du mariage. Il faut supposer qu'un des conjoints a été réduit en servitude, depuis la célébration de l'union. Ceci pouvait arriver pour diverses causes dans le détail desquelles il serait trop long d'entrer, mais notamment l'on pouvait tomber en servitude parce qu'on s'était vendu soi-même, par exemple pour éteindre une dette de jeu ou autre, ou pour échapper aux sanctions d'un crime commis ; souvent aussi de pauvres gens se vendaient afin d'avoir du pain et d'échapper ainsi à la misère.

Le synode de Verberie, en 568, définit cette situation.

(1) Theodorus, *Canones Gregorii* ; Ed. Wasserschleben, p. 169. C. 77 : « Si cujus uxor infidelis est et gentilis, et non potest eam convertere, dimittit eam. »

« Si ensuite (son mari) a été réduit en servitude pour quelque cause que ce soit (à moins cependant qu'il ne se soit vendu sous la menace de la faim et qu'elle-même n'y ait consenti et n'ait été tirée de misère par le prix de la liberté de son mari), elle pourra le renvoyer si elle veut, et s'il lui est impossible de faire autrement, elle prendra un autre mari. Réciproquement le mari peut agir de même à l'égard de la femme (1). »

L'hypothèse inverse peut aussi se produire, il faut supposer que deux esclaves qui se sont mariés ensemble, sont séparés précisément par l'affranchissement de l'un d'eux. Celui qui est libre va-t-il rester l'époux de l'esclave. Non, dit le pénitentiel de Theodorus, qui n'est évidemment pas comme nous le verrons plus loin, un indice irrécusable, surtout dont la portée est restreinte, mais qui a néanmoins son importance.

D'ailleurs, le texte ajoute que l'époux affranchi ne pourra se marier à une autre femme que s'il a fait l'impossible,

(1) *Concile et décret de Verberie*, 568 ; Boretius, Cap. I, p. 40 : C. « Si quis ingenuus homo ancillam uxorem acceperit pro ingenua, si ipsa femina postea fuerit inservita, si redimi non potest, si ita voluerit, liceat ei aliam accipere. Similiter et mulier ingenua, si servum accipiat pro ingenuo et postea pro qualicumque causa inservitus fuerit — nisi pro inopia fame cogente se vendiderit, et ipsa hoc consenserit, et de precio viri sui a fame liberata fuerit — si voluerit, potest eum dimittere et, si se continere non potest, alium ducere. Similiter et de muliere, si se vendiderit, et vir eius ita consenserit, taliter potest stare. Si se separaverint, poenitentia tamen amborum necessaria est : nam qui de pretio paris sui de tali necessitate liberatus fuerit, in tali coniugio debent permanere et non separari. »

sans y réussir, pour racheter et rendre également à la liberté sa première femme, esclave :

« Si un maître a uni par le mariage deux esclaves, et qu'ensuite l'un ou l'autre ait été affranchi, celui qui aura été ainsi rendu à la liberté pourra épouser une femme de condition libre, s'il lui a été impossible de racheter celle qui est restée en servitude (1). »

Il faut signaler, à côté de la situation créée par l'esclavage, celle qui résulte de la captivité de l'un des époux.

Nous trouvons dans une lettre de Maringoz, évêque de Wirtzbourg, le passage suivant : « Mais le bienheureux pape Léon exprime cette opinion : une femme dont le mari est prisonnier de l'ennemi, pourra, lorsqu'on devra désespérer de son retour, épouser un autre homme, pour échapper à la solitude ; et elle ne commettra pas de faute en cela ; si, par hasard le premier époux revenait de la guerre, elle devra lui être rendue et se séparer du second (2). »

Ainsi l'esclavage est admis comme cause de divorce et dans ce cas, et c'en est une véritable. Car le texte suppose que l'un des époux est tombé en servitude, *postea*, depuis

(1) Theodorus, *Canones Gregorii* ; Wassersleben, *op. cit.*, p. 169. C. 73 : « Si servum aut ancillam dominus amborum in matrimonium conjunxerit, postea liberato servo vel ancilla, si non potest redimere qui in servitio est, liberato licet ingenuo conjungere. »

(2) Jaffé, *Monumenta Moguntina*, p. 299 ; Beatus vero Leo papa (a) : « feminam, capto ab hostibus marito, cogente solitudine inculpabiliter alteri posse copulari, cum desperaretur captus ; et reverso forte priore, separatam de posteriore, principali restitui dicens. »

(a) In ep. ad Nicetam d. d. 21, Mart. 458 (Note de l'éditeur).

le mariage. Or, c'est bien la situation des événements dans le temps, qui permet de distinguer nettement les causes de divorce des causes de nullité. Ainsi la condition d'esclave, quoique ignorée avant le mariage, est un empêchement, un simple empêchement, comme l'impuissance, comme la parenté. Très différentes sont la servitude, survenue après le mariage, l'*impotentia superveniens*, l'*affinitas superveniens*. D'autres exceptions au principe de l'indissolubilité sont encore inscrites dans les décrets de Compiègne et de Verberie.

L'attentat à la vie du mari permet à celui qui en est l'objet, d'épouser une autre femme.

Mais il faut que cette tentative de crime soit perpétrée dans certaines conditions, et qu'au cours même de l'attaque, il se soit produit un événement déterminé, la mort de l'un des assaillants, afin qu'il soit bien établi que cette agression était grave et qu'on ne puisse pas la simuler, dans le but, trop facile à pénétrer, de réaliser un divorce par consentement mutuel. Le décret de Verberie énonce en effet cette décision en ces termes : « Si une femme a tramé la mort de son mari, avec d'autres hommes, et que ce mari, en se défendant, ait tué un des complices et soit en mesure de le prouver, il pourra renvoyer sa femme et, s'il y tient, en épouser une autre (1). »

(1) *Concile et décret de Verberie*, a. 568 ; Boretius. Cap. I, p. 40 : « 5. Si qua mulier mortem viri sui cum aliis hominibus consiliavit, et ipse vir ipsius hominem se defendendo occiderit et hoc probare potest, ille vir potest ipsam uxorem dimittere, et si voluerit, aliam accipiat. »

Ce texte est un des plus caractéristiques de l'époque, au point de vue des mœurs et de l'histoire de la civilisation.

De même, si le mari est obligé de fuir et de passer dans un autre duché, sa femme devra le suivre ; sinon, l'homme pourra contracter un autre mariage, la femme devra garder la chasteté.

« Si un homme, sous la menace d'un événement de force majeure, fuit dans un autre duché, ou marche à la suite de son senior, à qui il ne peut refuser sa fidélité, et que sa femme, selon son droit, n'ait pu se décider à le suivre, étant retenue par l'amour de ses parents ou des choses familières, celle-ci gardera la chasteté aussi longtemps que vivra l'époux qu'elle n'aura pas suivi. Et le mari, qui, sous l'empire des événements a dû fuir au loin, pourra reprendre une autre épouse, s'il ne peut se refuser cette concession, en ayant soin d'autre part d'accomplir une pénitence (1). »

Telle est la disposition du chapitre IX du décret de Verberie.

Ici, ce décret de Verberie a corrigé celui de Compiègne. En effet, celui de Compiègne était plus sévère, et interdi-

(1) *Decretum et concilium Vermeriense* ; Boretius, *Capitularia*, t. I, p. 41 : « 9. Si quis necessitate inevitabili cogente in alium ducatum seu provinciam fugerit aut seniore suum, cui fidem mentiri non poterit, secutus fuerit, et uxor eius, cum valet et potest, amore parentum aut rebus suis eum sequi noluerit, ipsa omni tempore, quamdiu vir eius quem secuta non fuit vivet, semper innupta permaneat. Nam ille vir eius qui necessitate cogente in alium locum fugit, si se abstinere non potest, aliam uxorem cum poenitentia potest accipere. »

sait un nouveau mariage aussi bien pour le mari que pour la femme, dans le cas où l'homme fuyait devant une vengeance privée. Sans doute, la situation prévue par le synode de Compiègne n'était pas tout à fait la même, car la vengeance privée laissait souvent place à une composition légale. Il est vrai que l'offensé pouvait refuser le dédommagement pécuniaire qui lui était offert et l'offenseur pouvait ne point posséder assez d'argent pour *racheter* sa faute. Les expressions sont parfois aux époques anciennes singulièrement éloquentes et adéquates à la réalité.

« Quant à ceux qui, par crainte de la *faida*, fuient dans une autre patrie et abandonnent leurs épouses, ni eux ni leurs femmes ne pourront se marier à d'autres (1). » Tel est le texte du décret de Compiègne, plus conforme aux principes.

Il y a un cas de divorce dont les motifs restent discutés. C'est celui de l'adultère, compliqué d'inceste. Il faut supposer que l'un des époux a été infidèle et a eu pour complice une personne parente de son conjoint. Les sanctions de cette faute sont rigoureuses, et cela s'expliquerait fort bien par la seule nécessité de réprimer les unions légitimes ou illégitimes entre personnes d'une même parenté. Mais, de plus, Freisen l'a expliqué par l'idée d'une *affinitas superveniens*, fait qu'on pourrait rapprocher de la situa-

(1) *Décret et synode de Compiègne*, 757 ; Boretius, Cap. I, p. 39 :
« 21) Si qui propter faidam fugiunt in alias patrias et dimittunt uxores suas, nec illi viri nec illae feminae accipiant coniugium. »

tion d'une épouse qui a tenu son enfant sur les fonts baptismaux et qui est devenue ainsi parente de son mari au point de vue spirituel (*Histoire de Chilperic et d'Audowere*).

Quoi qu'il en soit des motifs, celui des époux qui a entre-tenu des relations adultères avec un des parents de son conjoint est frappé, ainsi que sa complice, de la peine du célibat perpétuel. Au contraire, l'époux trompé a le droit de divorcer et de se remarier. Le décret de Compiègne fulmine ainsi contre l'adultère de la femme avec son beau-frère. Le décret de Verberie vise une série de cas plus étendue (1), « notamment l'inceste du mari avec sa belle-fille, de la femme avec son beau-fils, du mari avec la sœur ou même avec la *consobrina* de sa femme. Dans ce dernier cas, cependant, on note que l'Eglise n'admet pas le divorce (2) ».

Voici le texte du décret II de Compiègne : « Si un homme qui a une femme légitime dont le frère a commis avec elle un adultère, ce frère et cette femme qui ont commis cet adultère ne se marieront point, pendant toute leur vie.

(1) *Concile et Décret de Verberie*, an. 768 ; Boretius, Cap. I, p. 41 : « 10) Si filius cum noverca sua, uxoris patris sui, dormierit, nec ille, nec illa possunt ad coniugium pervenire. Sed ille vir, si vult, potest aliam uxorem habere : sed melius est abstinere.

« 11) Si quis cum filiastra sua dormierit, simili sententia stare potest ; et cum sorore uxoris suae, simili modo stare potest.

« 12) Qui dormierit cum duabus sororibus, et una ex illis antea uxor fuerit, nullam ex illis habeat ; nec illa adultera soror, nec ille vir qui cum illa adulteravit alios unquam accipiant. »

(2) Cf. Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 68.

Celui qui fut l'époux de cette femme pourra, s'il le veut, en épouser une autre (p. 41, note 1).

Le décret de Compiègne enfin, fait mention d'une autre exception à la règle de l'indissolubilité. C'est un cas très curieux qui se rattache à l'importance de plus en plus grande que prennent à cette époque les relations entre un supérieur et un inférieur.

Un vassal a été emmené en pays lointain par son seigneur. Celui-ci s'est établi dans un bénéfice, à lui concédé. Puis il est mort; son successeur, désireux de conserver près de lui le vassal, lui trouve une femme dans la localité et obtient qu'il s'y marie. Ce mariage ainsi influencé, n'est pas absolument indissoluble. En effet, par la suite, le vassal peut être amené à rejoindre les parents de son premier seigneur, par conséquent, à quitter le lointain pays où il s'est marié.

Le décret de Compiègne l'autorise à répudier sa femme et à en prendre une autre dans sa patrie d'origine (1).

Je ne puis clore ce chapitre sans parler des documents si curieux que l'on trouve dans les livres pénitentiaux. Ces recueils ne sont pas toujours dignes de foi, en ce sens qu'ils ne sont pas l'expression des doctrines canoniques et

(1) *Décret de Compiègne*, an. 757; Boretius, Cap. I, p. 38 : « 9) Homo francus accepit beneficium de seniore suo, et duxit secum suum vassallum, et postea fuit ibi mortuus ipse senior (a) et dimisit ibi ipsum vassallum; et post hoc accepit alius homo ipsum beneficium, et pro hoc ut melius potuisset habere illum vassallum, dedit ei mulierem de ipso beneficio, et habuit ipsam aliquo tempore, et dimissa ipsa, reversus est ad parentes senioris sui mortui, et accepit ibi uxorem, et modo habet eam. Definitum est, quod illam quam postea accepit, ipsam habeat. »

(a) Homo francus (note de l'éditeur).

juridiques qu'ils prétendent appliquer. Il y a des cas où cette opposition est manifeste, et c'est peut-être à cause de ces dangereux enseignements que les condamnent le concile de Châlons, en 813, et celui de Paris, en 825, recommandant aux évêques de « faire rechercher ces faux petits livres pour les faire brûler ». Si l'on admettait que les décisions de certains pénitentiels fussent en vigueur à notre époque, il faudrait que les canons des conciles et les décrets royaux, ainsi que les lois Burgonde, Wisigothe et Ripuaire fussent lettres mortes. Il est certain cependant que ces décisions d'espèce ont eu cours, en certaines régions ou en des circonstances données.

Voici quelques-uns des enseignements des pénitentiels.

« Un mariage légitime ne peut être dissout sans le consentement des deux époux (1). Cette assertion du Pénitentiel de Theodorus est textuellement copiée dans les *Canones Gregorii*. Il suffit de la lire pour en comprendre la portée. Elle impliquerait l'existence d'un divorce par consentement mutuel.

De même, on peut lire au pénitentiel de Theodorus : « L'homme qui a été délaissé par sa femme peut en épouser une autre au bout de deux années avec le consentement de l'évêque (2). » Ou encore : « Si une femme a abandonné son mari par mépris pour lui, refusant de le

(1) Theodorus, *Canones Gregorii*, C. 65. Wasserschleben, *op. cit.*, p. 168 : « Legitimum conjugium non licet separare, sine consensu amborum. »

(2) Theodorus, *Poenitentiale*, II, XII. Wasserschleben, *op. cit.*, p. 213 : « § 7 Legitimum conjugium non licet separare sine consensu amborum. »

rejoindre et de se réconcilier avec lui, cet homme pourra prendre une autre épouse au bout de cinq années et avec l'autorisation de l'évêque (1). »

On pourrait multiplier ces citations. Il semble bien qu'il y ait là, dans ces hypothèses créées par la pratique, une survivance des coutumes anciennes, esprit des lois romaines ou des usages germaniques, très difficile à déraciner et à faire oublier. Si la loi en vigueur exprimait les tendances d'une grande partie de la population, elle était aussi diamétralement opposée aux mœurs et aux habitudes ancestrales des Francs et des Gallo Romains. On s'explique qu'il y ait eu des retours en arrière, des déviations et des diversités de niveau moral, correspondant plus ou moins aux différences de milieux et de régions.

Quoi qu'il en soit de ces exceptions en général, le principe de l'indissolubilité est maintenant affirmé. On pourrait dire même, que l'existence d'exceptions, ainsi nommées et limitées, prouve l'existence du principe. D'ailleurs, peu à peu, la théorie se dégagera de plus en plus et après deux siècles encore d'hésitations et d'imprécisions, le mariage sera considéré comme un lien absolument indissoluble. Ce qui était intéressant à étudier, c'étaient les origines du mouvement ; — ses conséquences et son développement appartiennent à la période historique suivante.

(1) Theodorus, *Capitula Dacherania*, C. 139. Wasserschleben, *op. cit.*, p. 169 : « Laicus a quo recessit mulier cum consensu episcopi post duos annos aliam accipiat. »

(2) Theodorus, *Canones Gregorii*, C. 70. Wasserschleben, *op. cit.* : « Si mulier discesserit a viro suo, dispiciens eum, et nolens ad eum revertere et reconciliare cum illo viro suo, post V annos cum consensu episcopi aliam accipere licebit. »

CHAPITRE III

LE CONSENTEMENT DES FUTURS ÉPOUX

Nous venons de parler de l'indissolubilité. La notion de lien et de lien durable, perpétuel, c'est la définition même du mariage. Mais il faut maintenant étudier le consentement, car si l'idée d'indissolubilité sert à définir notre institution, l'idée de consentement est sa cause essentielle. On pourrait dire que le mariage est un lien indissoluble, créé par le consentement. *Matrimonium facit utriusque consensus legitimus*, dit un adage de Bernard de Pavie.

Quelle est la valeur du consentement ? Comment le droit romain a-t-il compris cette notion ? Quelle importance lui donnaient les usages germaniques, tant à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme ; enfin quels furent les progrès réalisés sur ce chapitre à l'époque que nous étudions ? Telles sont les principales questions que nous aurons à développer au cours de cet exposé.

L'opinion de l'Eglise sur l'importance du consentement nous est clairement exprimée par saint Augustin. « La foi donnée s'appelle consentement lorsque, même sans se joindre rituellement les mains, ils (les époux) consentent du cœur et des lèvres ; alors l'un à l'autre ils se donnent

et ils se prennent mutuellement pour époux (1). » Dans un autre passage, saint Augustin démontre comment le consentement, à lui seul, suffit à créer le lien (*vinculum*) de mariage. Ce texte est cité par Hincmar de Reims au sujet de l'importance exacte qu'il convient d'attacher à la *copula carnalis*, question qui a été très longtemps débattue, et à l'union matérielle des époux. De même, dans la préface du livre *De nuptiis et concupiscentia* : « Chez ceux qui ont entendu s'abstenir pour toujours d'un commerce charnel, il n'est pas vrai de dire que le lien de mariage soit rompu. Au contraire, il sera d'autant plus solide que leurs promesses mutuelles seront plus sérieuses, et qu'elles seront observées avec plus de cœur et d'union ; il sera créé non par l'union matérielle, mais par les sentiments volontaires des âmes (2). »

(1) Decretales de Greg., IX, liv. IV, tit. IV, ch. 1. Friedberg, *op. cit.*, t. II, col. 680 ; Augustinus, *de fide pactionis et consensus* : « ...Est autem fides pactionis, quando aliquis promittit alicui fidem, quod eam ducet si permiserit eum rem secum habere, vel etiam pro consensu. Fides autem consensus est, quando, etsi non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere, et mutuo se concedunt unus alii, et mutuo se suscipiunt. »

(2) Saint Augustin, *De nuptiis et concupiscentia*, cité par Hincmar de Reims ; dans Migne, *Patrol.*, t. 125, col. 735 : « Et item in prae-fato libro de Nuptiis et Concupiscentia (lib. I, c. 11). Quibus vero placuerit ex consensu ab usu carnalis concupiscentiae in perpetuum continere, absit ut vinculum inter illos conjugale rumpatur : und firmitus erit, quo magis ea pacta secum inierint, quae charius concordantiusque servanda sunt, non voluptariis corporum nexibus, sed voluntariis affectibus animorum. »

SECTION I

L'AUTORITÉ FAMILIALE A ROME ET EN GERMANIE

Nous avons vu dans l'Introduction comment le droit romain avait imposé des entraves au libre consentement des époux. A travers l'évolution des coutumes juridiques de Rome, et malgré les progrès réalisés, la *Patria potestas* continue même au bas-empire, à peser singulièrement sur l'institution du mariage.

Le consentement des futurs ne suffit pas. Celui du *paterfamilias* est nécessaire, quel que soit l'âge des conjoints.

Pendant fort longtemps et jusqu'au iv^e siècle de notre ère, ce droit de conclure les mariages de ses descendants apparaît comme une prérogative du *paterfamilias*. Ce n'est qu'au bas-empire que se précise la notion d'une autorisation, donnée ou refusée dans l'intérêt des futurs époux.

Il n'est pas inutile d'insister sur les conséquences de ce régime au point de vue de la famille.

Le mariage, à Rome, ne constitue pas une famille indépendante, un groupe distinct. Les époux sont sous la puissance d'un ascendant. S'ils ont eux-mêmes des enfants, ceux-ci appartiennent à leur aïeul, avant que leurs parents n'exercent leur puissance sur eux. Ainsi, même parvenu à son plus complet développement, le droit romain a conservé ce cadre primitif de la *patria potestas* avec ses conséquences, défavorables à la liberté individuelle.

Cette législation romaine allait se heurter aux usages germaniques, profondément différents et créés pour un tout autre genre de vie. L'existence est dure en Germanie. La famille est faite pour la guerre. Les gens sont encore un peu nomades. Il y a des migrations de peuples, des afflux de populations qui modifient les conditions d'existence et la demeure des Germains.

M. Paul Gide, dans son ouvrage sur *La condition privée de la femme* (1), expose que les nécessités d'une vie belliqueuse obligent les Germains à remettre le pouvoir familial aux mains d'hommes vigoureux et entraînés à l'action, et non pas à celles d'un seul personnage déjà fort âgé. « Sans doute, dit le savant professeur, chez les Germains comme dans l'ancienne Rome, la constitution de la famille repose sur le régime patriarcal. Chez les deux peuples, le pouvoir domestique est souverain ; mais, à Rome, ce pouvoir est condensé dans les mains d'un seul ; en Germanie, il se répand et se partage entre tous les membres de la famille capables de porter les armes. Chez les deux peuples, la famille se gouverne elle-même, et forme une espèce d'état indépendant ; mais, à Rome, c'est l'image d'une Monarchie qu'elle présente ; en Germanie, c'est plutôt celle d'une République.

Ces idées étaient intéressantes à remuer, car elles ont de l'importance, au point de vue du consentement personnel des époux.

(1) Nouvelle édition revue par Esmein, p. 222 et ss.

SECTION II

QUELQUES MOTS SUR LA QUESTION DE L'ACHAT DES FEMMES

Le consentement familial est nécessaire en Germanie pour le mariage des femmes.

Mais faut-il aller plus loin et dire que l'échange des consentements se faisait à prix d'argent et constituait une vente véritable de l'épouse? Telle est l'hypothèse d'un achat des femmes qui aurait été en usage primitivement chez les peuples de la Germanie.

Il n'est pas inutile, dans une étude sur le consentement au mariage, de dire quelques mots de cette théorie. Il y a lieu aussi de parler du rapt qui semble avoir été d'un abus fréquent à l'époque mérovingienne (1).

La législation sur le rapt est abondante et porte la trace d'une remarquable évolution des idées sur la protection et le respect qui sont dus aux femmes. Je parlerai plus spécialement du rapt dans une section suivante, à propos des progrès de la liberté du consentement personnel des femmes.

(1) Cf. Brissaud, *Histoire du droit français*, 2^e partie. Introduction. Spécialement voy. § 31. Evolution vers l'émancipation de la femme, p. 440 et suiv., édition 1904. De même Dargun, *Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste in germanischen Recht und Leben* (dans collection de Gierke, XVI), p. 141 et suiv.

La théorie de l'achat des femmes se fonde sur des textes juridiques, en qui on trouve la trace d'un état de droit ancien. Les analyser tous serait une tâche fort étendue et qui sortirait évidemment des limites de mon sujet. On peut seulement formuler une remarque générale, c'est que la condition de la femme est loin d'être toujours la même, à travers les diverses régions de la Germanie. Il est bien certain, comme le fait observer M. Lefebvre, qu'il s'est produit entre ces différents pays des divergences d'usages considérables. On ne saurait, sous peine de relever des contradictions entre les textes, coordonner en un code toutes les coutumes germaniques qui, d'ailleurs, ne sont que des « usages de mœurs » et non des coutumes juridiques. On peut relever les ressemblances entre les traits de sources diverses. Mais il faut renoncer à concilier les différences.

Les textes les plus caractéristiques sur notre question sont ceux où il est question du *pretium nuptiale*.

Était-ce là un prix d'achat ou bien était-ce un ensemble de présents en nature que le fiancé était tenu de faire à la famille de la femme.

Ces présents, Tacite en fait mention dans un chapitre de son ouvrage sur les mœurs des Germains : « Ce n'est point la femme qui apporte une dot au mari, mais le mari à la femme. Ses parents et ses proches interviennent et approuvent les présents de noce. Ces présents ne sont pas les objets de toilette si chers aux femmes, ni des parures de nouvelle mariée, mais des bœufs, un cheval avec son

frein et un bouclier avec la framée et le glaive. Les présents agréés, la femme est admise dans la maison du mari ; elle-même lui fait don de quelques armes. C'est là leur lien le plus puissant ; ce sont leurs rites mystérieux et leurs dons d'hyménée. Et pour que la femme ne se croie pas dispensée de toute idée de courage, et en dehors des chances de la guerre, ces auspices et ces commencements du mariage lui apprennent qu'elle vient prendre sa part du travail et des dangers et qu'elle doit, dans la paix comme dans la guerre, souffrir et oser autant que son mari. C'est là ce que lui veulent dire ces bœufs accomplis, ce cheval équipé, ces présents d'armes : il faut vivre de la même vie ; il faut mourir de la même mort ; les dons qu'elle reçoit, elle devra les rendre à ses fils intacts et dignes d'eux et, par ses fils, à ses brus qui les transmettent à leurs descendants (1). »

(1) Tacite, *German.*, XVIII, éd. Nisard, p. 441 : « Quanquam severa illic matrimonia nec ullam morum partem magis laudaveris nam prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt, exceptis admodum paucis, qui non libidine, sed ob nobilitatem plurimis nuptiis ambiuntur. Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui ac munera probant : munera non ad delicias muliebres quaesita nec quibus nova nupta comatur ; sed boves et frenatum equum, et scutum cum framea gladioque. In haec munera uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro appert : hoc maximum vinculum, haec arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur. Ne se mulier extra virtutum cogitationes, extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimonii auspicis admonetur venire se, laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in praelio passuram, ausuramque : hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denunciant ; sic vivendum, sic pereundum ; accipere se quae liberis inviolata ac digna reddat, quae nurus accipiant rursusque ad nepotes referant. »

Ce texte si long ne mentionne pas à un seul endroit le versement d'un prix en argent.

Mais, on ajoute que, dans les lois barbares promulguées après les invasions, le prix qui devra être versé à la famille de la femme, est nettement indiqué. Il est fixé à 62 sous 1/2 chez les Saliens, 50 chez les Ripuaires, 40 chez les Alamans, etc... (1).

On regarde ces prix ainsi établis d'une manière exacte, comme l'indice d'une réforme destinée à réagir contre l'arbitraire des parents, qui par esprit de lucre, renvoyaient d'excellents partis, et gardaient indéfiniment leurs filles auprès d'eux dans l'espoir d'en obtenir un jour un plus haut prix. Cette réforme aurait donc eu pour but de faire cesser un marchandage odieux, assurément, mais usuel. Une fois délimité, le prix perdit de son importance. La composition comme le prix d'achat, disparaît quand elle n'est plus volontaire, mais légale. Le prix devient symbolique, et s'abaisse à un sou et un denier. Cet abaissement du prix provient peut être aussi de l'habitude que les parents avaient prise de faire bénéficier leur fille du prix d'achat qu'ils recevaient. On a adopté cette explication, parce que, chez les Burgondes, le *pretium nuptiale* était remis à la femme en ornements et parures (2). De même, chez les Lombards, cette valeur était remise par le *mundwald* à

(1) Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 1907, p. 310, n. 134.

(2) *Loi des Burgondes*, Liber Constitutionum, tit. LXXXVI : « Itat ut de eo, quod acceperit, tertium solidum in ornamentis puella accipiat. »

la femme et lui était même versée directement sous le règne de Liutprand. Enfin le *reipus*, en réalité, ne serait pas autre chose que le rachat de la femme devenue veuve (1).

La loi des Saxons ordonne à l'homme qui a enlevé une jeune fille fiancée, de payer une composition au futur mari et au père, puis d'acheter la femme (2). De même, le titre VII de cette loi dit « que celui qui veut prendre femme, apporte à son tuteur son prix d'achat, si ses proches y consentent (3) ».

La loi des Burgondes, dans son chapitre 61, édicte que toute femme appartenant à une nation barbare, qui se marie de son plein gré, sera payée à ses parents au simple (4). C'est un fait très remarquable que ce *pretium nuptiale* soit

(1) *Lex Salica*, tit. XLIV. De Reipus. Ed. Behrend, 1897, p. 86 : « I sicut adsolit homo moriens et viduam dimiserit qui eam voluerit accipere antequam sibi copulet ante thunginum aut centenarium hoc est ut thunginus aut centenarius mallo indicant et in ipso mallo scutum habere debet. Et tres homines tres causas demandare debent. Et tunc ille qui viduam accipere debet tres solidos aequae pensantes et denario habere debet. Et tres erunt qui solidos illius pensare vel probare debent et hoc factum si eis convenit accipiat. »

(2) *Lex Saxonum*, tit. IX, 1, 2. Ed. de Richthofen dans *Monumenta Germaniae Legum*, t. V, p. 74 : « I. Qui faminam ab alio desponsatam rapuerit, 300 solidos patri puellae, 300 sponso componat, et insuper 300 solidis emat eam. »

Et si cum matre euntem in via rapuerit, etiam et matri 300 solidos componat. »

(3) *Lex Saxonum*, tit. VI. *Ibid.*, p. 71 : « III. Qui viduam ducere velit, offerat tutori precium emptionis eius, consentientibus ad hoc propinquis ejus. »

(4) *Lex Burg.* Liber Constitutionum, tit. LXI dans R. de Salis, *op. cit.*, p. 93 : « Quaecumque mulier natione barbara ad viri coitum spontanea voluntate furtim convenerit, nuptiale pretium in simplum tantum ejus parentibus dissolvatur ; et is, cui adulterii dicitur societati permixta, alterius postmodum coniugio si voluerit societetur. »

exigé au simple, au triple, au sextuple. A notre époque il y a bien là un prix symbolique en argent. D'ailleurs ce n'est pas point contesté. Ce qu'il faudrait savoir, c'est que ce prix constituait antérieurement une valeur librement débattue, comme pour les esclaves ou les autres choses susceptibles d'être achetées et revendues. Ceci n'est pas prouvé.

Entre les partis extrêmes, on a proposé une transaction, relevée par M. Simonnet, dans sa thèse parue en 1898.

Il observe que le *pretium nuptiale* ne serait que l'achat du *mundium*. Dans le droit lombard, le mariage est une conséquence du pacte intervenu entre le *munduold* et le futur mari. Le prix d'achat du *mundium* s'appelle lui-même *mundium*. M. Simonnet observe que l'achat du *mundium* n'est pas l'achat de la femme (1). Il y a une nuance entre ces deux opérations. M. Viollet voit, dans cette distinction, une subtilité injustifiable (2).

L'exagération même de la doctrine de l'achat des femmes a amené une réaction, et c'est ainsi que M. Lefebvre relève le point faible de cette théorie. « Oui, dit-il (3), ce peut être achat et vente s'il y a acquisition, à prix d'argent, d'un objet et d'un droit que l'acquéreur puisse, à son tour, céder et revendre. C'est bien ainsi qu'on enten-

(1) Simonnet, *Le mundium*, thèse Paris, 1898, p. 81 et suiv.

(2) Viollet, *Histoire du Droit civil français*, p. 403, n. 2, deuxième éd.

(3) Ch. Lefebvre, *Droit matrimonial français*. Introduction générale, p. 367.

dait la vraie vente d'un esclave, d'un enfant *sanguinolentus*, d'un débiteur. Or, nulle part, on n'a soutenu, et on ne pourrait soutenir que le mari germain était en droit de revendre la femme épousée ou même de la céder publiquement à un autre mari, moyennant remboursement de son prix. » Ceci devient évident lorsqu'on lit un texte de la loi des Saxons ainsi conçu : « Le lito du roi peut acheter une femme où il lui plaît, mais il est défendu de *vendre* jamais aucune femme (1). »

M. Lefebvre explique que le *pretium nuptiale* était, à l'origine, un ensemble de cadeaux remis par le fiancé à la famille de la jeune fille (2).

Présent qui s'explique de lui-même, *ut justum est*, dit la loi des Wisigoths, cadeau donné en reconnaissance du consentement accordé. Et même, me semble-t-il, si ce *pretium nuptiale* est limité à une somme fixe dans les lois barbares, n'est-ce pas la preuve qu'il ne constitue pas le prix de la femme, dont la valeur serait forcément variable, mais le prix du consentement ?

Le témoignage des historiens semble bien indiquer qu'il s'agit de présents. Ainsi Tacite, dans un passage cité plus haut, ne parle que de cadeaux et les énumère : *Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant*. Tacite énumère ces *munera*, indique leur nature (p. 85, note 1).

(1) *Lex Saxonum*, tit. XVII, *op. cit.*, p. 83 : « Lito regis liceat uxorem emere, ubicumque voluerit ;

« Sed non liceat ullam feminam vendere. »

(2) D'ailleurs le mot *pretium* est loin d'avoir un sens précis. Cf. *Loi Gombette*, tit. 52. De même Tacite, *Germanie*, n° 20 *in fine*.

De même, Grégoire de Tours expose les circonstances du mariage de Sighebert avec Brunichilde. Il expose que le roi fit demander, avec de riches présents, la main de la fille du roi Athanagilde (1).

Ainsi, dans les termes où elle est posée, la thèse de M. Lefebvre est établie très solidement. Il interprète les textes qui ont besoin d'être interprétés, à l'aide de renseignements recueillis par les historiens. De plus, ses conclusions sont modérées, puisque, en dernière analyse, ce qu'il se refuse à admettre, c'est que le mari puisse *céder et revendre*, en second lieu, une femme qu'il aurait obtenue, moyennant un ensemble de présents donnés à la famille. La thèse de M. Lefebvre à ce point de vue est inattaquable.

De plus, quelle que soit l'hypothèse à laquelle on se rallie, il faut retenir que l'achat des femmes n'existe plus dans l'empire des Francs à l'époque mérovingienne qu'à l'état de fiction et de rite nuptial.

On peut néanmoins en déduire que l'intervention de la famille de la femme était requise et s'exerçait d'une manière prépondérante dans la conclusion des mariages.

(1) Grég. de Tours, *Hist. franç.*, IV, 27.

SECTION III

CONSENTEMENT DES FILS

Le consentement au mariage, des fils, n'est pas soumis aux mêmes usages que celui des femmes.

Du moment où la famille est une association, c'est l'intérêt de chacun qui prend la première place, dans ses préoccupations.

Sans doute, dans cette « association de défense armée » (1), le chef possédait, comme à Rome, une très haute autorité, sur ses descendants. Son pouvoir appelé *mundium*, comportait des droits variés (Droit au wehrgeld, droit de jouissance sur les biens des incapables, droit de juridiction). Mais en outre, le chef a certains devoirs et, notamment, il est tenu de protéger ceux qui sont soumis à son autorité. C'est ainsi qu'on a pu dire que le *mundium* était devenu, dans une certaine mesure, un pouvoir de protection (2).

Dès lors, le fils s'émancipera lui-même s'il le juge à propos. Son action personnelle intervient dans la cérémonie solennelle où il prononce lui-même des paroles

(1) Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III, p. 2.

(2) Cf. Brissaud, *op. cit.*, p. 439.

sacramentelles (1). Il participe lui-même à l'acte d'exclusion de la famille.

Plus simplement, le fils qui s'est éloigné du groupe familial sans cérémonie rituelle, possède une indépendance complète (2).

Ainsi le fils, dans les coutumes germaniques, jouit d'une situation privilégiée. Ceci est la première conséquence de ce fait que le *mundium* ne serait qu'un pouvoir de protection.

Dès lors, le fils consent lui-même à son mariage, tandis que la fille est mariée par le chef de famille. D'abord le père, ensuite les frères de la femme, ont le droit de décider de son établissement. Elle-même, non seulement n'y consent pas, mais peut n'être point consultée.

Insistons sur cette différence de traitement entre les fils et les filles.

Une lettre de Sidoine Apollinaire montre que le fils ne

(1) Le fils vient au plaid en présence du centenier, et là il doit rompre au-dessus de sa propre tête, quatre morceaux de bois d'aulne. Ces bâtons, il les jette à travers le *mallum* de quatre côtés différents, et il déclare sur place qu'il renonce au serment des co-jureurs, à l'hérédité et aux autres prérogatives familiales. *Loi salique*, LX : « De eum qui se de parentilla tollere vult. » Ed. Behrend, 1897, p. 126.

« In mallo ante thunginum ambulare debet et ibi quattuor fustis alninus super caput suum frangere debet. Et illos per quattuor partes in mallo jactare debet et ibi dicere debet quod juramento et de hereditatem, et totam rationem illorum tollat. »

Il y a une distance entre cette cérémonie volontaire et l'émancipation romaine, dont le *paterfamilias* était seul à décider.

(2) Voyez Viollet, *Droit privé et sources, Histoire du droit civil français*, p. 497.

prenait pas toujours soin d'avertir ses parents de son mariage (1). Si des formules nous parlent de l'agrément des deux familles, il s'agit, en ce qui concerne les garçons, d'un acte de pure déférence et qui n'est pas absolument nécessaire. Ces formules ne prouvent la nécessité du consentement des parents que pour les filles.

En effet, elles nous montrent qu'il y avait rapt, c'est-à-dire crime, lorsque le mariage était conclu sans l'agrément des parents de la jeune fille : nous aurons l'occasion d'étudier des formules de réconciliation après enlèvement, lorsque nous parlerons du *raptus*. Mais pour le jeune homme, elles ne prouvent rien. En effet, plusieurs sont conçues en ces termes :

« Puisqu'il est connu de tous que j'ai été fiancé à vous avec le consentement de nos parents et amis... » (2). Mais il faut remarquer que la mention du consentement des amis enlève toute sa force à celle du consentement des parents. Il est évident qu'il faut traduire avec l'agrément de nos amis et parents...

(1) *Sidonii Epistularum*. Ed. Lvetjohann, p. 105, lib. VII, let. II : « Adulescens, solus tenuis peregrinus, filius familias et e patria patre non solum non volente verum et ignorante discedens, puellam non inferiorem natalibus, facultatibus superiorem, medio episcopo, quia lector, solacio comitis, quia cliens, socru non inaspiciente substantiam, sponsa non despiciente personam, uxorem petit, impetrat, ducit, conscribuntur tabulae nuptiales... » (dans *Monumenta Germaniae*. Auctores antiquissimi, t. 8).

(2) Zeumer, *Formulae Merovingici aevi. Formulae Turonenses*, n° 14, p. 142 : « Dum multorum habetur percognitum quod ego te illa una cum consensu parentum vel amicorum nostrorum, tua spontanea voluntate sponsavi, nihi placuit ut etc... »

Il ne s'agit pas d'un consentement rigoureux. De plus, la plupart des formules ne parlent pas du consentement de la famille du jeune homme, et cela devient même une preuve en faveur de la thèse de l'indépendance des fils. En effet, ces actes sont rédigés en ces termes : « Puisqu'il n'est inconnu de personne, ma très douce fiancée, que j'ai été engagé envers vous avec l'agrément de vos parents, et que s'il plaît à Dieu, je me propose de vous épouser... » (1). Partout, il est question du consentement des parents de la jeune fille. Nulle part, il n'est question de ceux du jeune homme, à moins que ce ne soit en même temps que des amis, dont la mention figure évidemment là comme simple redondance de style.

Enfin, les récits de Grégoire de Tours, apportent également la preuve de la liberté dont jouissent les fils de famille. Celui ci raconte les faits qui se déroulèrent au concile de Paris, réuni par Chilpéric, pour juger l'évêque Protextatus. On reprochait au prélat d'avoir béni l'union de Mérovée, fils de Chilpéric, avec Brunehaut, veuve du roi Sighebert. Cette union était considérée comme illégitime, parce que Brunehaut se trouvait être la tante par alliance de Mérovée. Ce fut l'accusation qu'on porta avec insistance contre l'évêque qu'il fallait absolument faire

(1) *Ibid.*, *Formulae Bituricensis*, n° 15, p. 175 : « Dum non abetur incognitum, quod ego te dulcissima sponsa mea illa, per voluntate parentum tuorum sponsata habeo, et, se Christo placuerit, ad coniugium te sociarae dispono, propterea pro amor dulcitudinis vel osculum pacis, cedo tibi... »

condamner et dont la perte était décidée. Mais nul ne songea à lui reprocher d'avoir marié le jeune homme sans l'autorisation paternelle. N'est-ce pas la preuve que le défaut de consentement du père ne constituait ni un empêchement, ni une illégalité ? (1).

(1) Grégoire de Tours, *Hist. franç.*, V, 19.

SECTION IV

CONSENTEMENT DES FEMMES

Si le consentement des fils était libre, celui des femmes était assujetti et subordonné entièrement à celui de leur famille. C'est une idée extrêmement ancienne qu'on retrouve partout, que cette dépendance des filles à leur père. M. Viollet fait observer qu'on dit encore de nos jours « donner sa fille en mariage ». On ne parlerait pas de même de son fils.

A l'origine, la coutume des Germains voulait que la femme fut mariée par la volonté de ses parents. Les formules que nous avons citées à propos du mariage des fils seraient déjà une preuve à propos de celui des filles. On peut citer aussi des textes comme celui du chapitre 204 de l'Edit de Rotharis, ainsi conçu :

« Nulle femme, dans notre empire, vivant sous la loi des Lombards, n'aura le droit de vivre en disposant elle-même de ses actes, c'est-à-dire sous son propre *mundium* : mais elle devra demeurer soumise à la puissance de son mari ou du roi ; et elle ne pourra donner ou aliéner quoi que ce soit de ses effets meubles ou immeubles, sans le consentement de celui qui aura le *mundium* sur elle (1). »

(1) *Edictus Rothari*, 204. Ed. F. Bluhme. Dans *Monumenta Germaniae Legum*, t. IV, p. 50 : « Nulli mulieri liberae sub regni nostri

Il faut toutefois remarquer que cette disposition ne concerne que le père et les frères de la femme. Ce sont eux seuls qui peuvent disposer ainsi de sa main.

C'est ainsi que le même édit de Rotharis, dans son chapitre 196, défend à tout autre qu'au père et frère de contraindre la volonté d'une femme de condition libre (1). Il est vraisemblable que cet édit de Rotharis constituait un progrès sur une étape antérieure, dans laquelle la femme était subordonnée pour le mariage comme pour les autres actes, à tous ceux sans distinction qui avaient le *mundium* sur elle. Cet affaiblissement du *mundium* ne s'arrête pas là d'ailleurs, et quelque temps après, il y a des textes, cités par M. Lefebvre, qui prouvent que la femme non mariée pouvait disposer de ses biens sans demander l'avis de personne.

Les documents sont nombreux, qui nous montrent le mariage des femmes, décidé par leur père ou par leurs frères. M. Meynial, dans un opuscule sur *Le mariage après les invasions*, cite des textes des Eddas et des Niebelungen, qui sont extrêmement probants pour établir le sens des anciens usages germaniques. On voit notamment comment, d'après les Eddas, les héros Gunnar et Hœgni, donnent Gudrun en mariage à Atli (2).

ditionem, legis Langobardorum viventem liceat in sui potestatem arbitrium id est selpmundia vivere, nisi semper sub potestatem virorum aut certe regis debeat permanere ; nec aliquid de res mobiles aut in mobiles sine voluntate illius, in cuius mundium fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi.

(1) Voy. *Nouvelle revue historique*, 1898 ; Ed. Meynial, *Le mariage après les invasions*, p. 179 ; Niebelungen, trad. Laveleye, p. 56.

(2) Voy. texte, page 118, note 1.

Z. — 7

De même, Grégoire de Tours nous raconte comment Amalaric, roi des Espagnols, demanda et obtint la main de la fille de Clovis, depuis la mort de ce prince. Il adressa sa requête aux frères de la jeune fille, et Grégoire de Tours ne nous dit pas si ces derniers consultèrent leur sœur, avant de répondre :

« Comme les fils de Clovis étaient braves et entourés d'une puissante armée, Amalaric, fils d'Alaric, roi d'Espagne, rechercha leur sœur en mariage ; ils consentirent à cette alliance, et la lui envoyèrent dans le pays d'Espagne, avec une grande quantité de magnifiques ornements » (1).

Ce texte n'est pas isolé. On peut citer également le passage suivant, d'après lequel le roi Gontran est appelé à disposer de la main de sa nièce Clodosinde, en faveur de Reccared.

« ... Lorsqu'il eut ainsi parlé, Félix dit : « Il est, je crois, parvenu jusqu'à votre gloire que Reccared a envoyé une ambassade à votre neveu pour lui demander en mariage votre nièce Clodosinde, fille de votre frère. Mais lui n'a rien voulu promettre que d'accord avec vous. » Le roi répondit : « Il n'est guère convenable que ma nièce aille dans le pays, où l'on a fait périr sa sœur, et nous ne saurions tolérer que la mort de ma nièce Ingonde demeure sans vengeance. » Félix répartit : « Ils désirent s'en justifier par des serments ou par toute autre condition qu'on voudra leur imposer. Ils demandent seulement que vous *consentiez* à ce

(1) Grégoire de Tours, *Histoire des Francs*, III, 1, traduction Guizot.

que Clodosinde soit fiancée à Reccared, ainsi que celui-ci vous en sollicite. » Le roi dit : « Si mon neveu accomplit toutes les conditions du traité qu'il a signé, je ferai là-dessus ce qui lui plaira (1). »

Ces textes sont intéressants ; mais ils ne prouvent pas absolument que les parents ou les proches mariaient leurs filles, sœurs ou nièces contre leur gré.

D'autres textes de Grégoire de Tours laissent moins de place au doute : tel est celui qu'on a appelé l'histoire des deux amants dont je rapporte ici les passages principaux. Il se dégage de ce texte l'impression très nette que la jeune fille en question était mariée contre son gré par ses parents :

« Dans le même temps, Injuriosus, un des riches sénateurs d'Auvergne rechercha en mariage une jeune fille de condition égale à la sienne, et après avoir donné des gages, fixa le jour des noces. Leurs parents n'avaient pas d'autres enfants qu'eux. Au jour indiqué, après la cérémonie nuptiale, ils sont, selon l'usage, placés dans un même lit. La jeune fille, pleine d'affliction et se tournant vers la muraille, se mit à pleurer amèrement. Le jeune homme lui demanda : « Quelle est la cause de ton chagrin ? Je t'en prie, fais-le moi savoir. » Et, comme elle gardait le silence il ajouta : « Je te conjure par Jésus-Christ, fils de Dieu, de me faire connaître le sujet de tes larmes. » La jeune fille se tournant vers lui, répondit : « Dussé-je pleurer tous les

(1) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, IX, 20, traduction Guizot.

jours de ma vie, je n'aurais pas assez de larmes pour effacer la douleur immense de mon cœur ; j'avais résolu de garder au Christ mon corps pur du contact des hommes et malheur à moi qu'il m'abandonne au point que je ne puis accomplir mon vœu, et que je perds en ce jour, que jamais je n'aurais dû voir, ce que j'avais conservé depuis le commencement de ma vie. Voici que, délaissée par le Christ immortel qui, pour dot, me promettait le paradis, je deviens l'épouse d'un homme mortel. »

... Par ta douce éloquence, répondit alors le jeune homme, la vie éternelle vient de briller à mes yeux comme une lumière éclatante ; si tu veux t'abstenir des désirs de la chair, je partagerai tes résolutions.

Elle répondit : « Cette promesse d'un homme à une femme est bien difficile à tenir, mais si tu fais que nous demeurions immaculés au milieu de ce monde, je te donnerai une part de la dot que mon époux, Notre-Seigneur Jésus Christ, m'a promise à moi, sa servante et sa fiancée.

Armé du signe de la croix, il répondit seulement : « Je ferai selon tes conseils. » Et joignant leurs mains droites, ils s'endormirent (1). »

Les mariages étaient souvent entachés de violence. C'est ainsi que sainte Radegonde, fille d'un roi des Thuringiens, fut emmenée captive par les Francs et mariée de gré ou de force à Clotaire.

« Clotaire, à son retour, emmena captive Radegonde,

(1) Grégoire de Tours, *Histoire des Francs*, I, 42, traduction Guizot.

filles du roi Berthaire, et la prit en mariage. Depuis, il fit tuer injustement son frère par des scélérats. Se tournant vers le Seigneur, elle prit alors l'habit et se bâtit un monastère dans la ville de Poitiers. Et telle fut son excellence dans l'oraison, les jeûnes, les veilles, les aumônes, qu'elle acquit un grand crédit parmi les peuples (1). »

Le pouvoir des parents sur leurs filles était si absolu que, même en 614, au Concile de Paris, il est question de jeunes filles qui ont pris l'habit religieux par ordre de leurs parents et qui se trouvent ainsi engagées dans les obligations de l'état religieux (2).

Plus tard, la situation des femmes dans la famille deviendra plus importante. L'Eglise, peu à peu, revendiquera pour elles des droits plus étendus. A la fin de notre époque, nous n'assisterons pas encore à l'avènement d'une liberté complète du consentement des femmes au mariage, mais nous constaterons de notables progrès dans cette voie.

(1) Grég. de Tours, *Hist. Franc.*, III, 7, traduct. Guizot.

(2) *Concilium parisiense*, 614, Can. XV; Maassen, t. I, p. 190 : « XV. De vidualbus et puellis, quae sibi in habitu religionis in domos proprias tam a parentibus quam per se vestem mutaverint et se postea contra instituta patrum vel praecepta canonum coniugium crediderint copulandas, tamdin utrique habeantur a communione suspensi, quousque, quod in licite perpetraverunt, emendent, aut si emendare neglexerint, communione vel omnium Christianorum convivium in perpetuo sint sequestrati. »

SECTION V

PROGRÈS DE LA LIBERTÉ DU CONSENTEMENT

Dès que les Germains sont établis en Gaule, le *mundium* se transforme rapidement. Le milieu dans lequel ils pénètrent est tellement différent : la vie plus facile et les mœurs plus douces. Rien de plus curieux que cette métamorphose de ceux qui ont été pauvres, un peu vagabonds, menacés par des migrations de peuples, et toujours en guerre, et qui, tout à coup, se trouvent fixés, établis dans un pays qui porte encore toutes sortes d'empreintes de civilisation, sur une terre où l'on parle bien, où il y a des cités, des églises, des évêques et des monastères. Il se produit alors ce qui arrive toujours (*Graecia capta*). Peu à peu, quand tout a changé autour de vous, on change soi-même.

Tandis qu'à l'époque des invasions, au v^e siècle, la tribu germane est encore régie par des institutions patriarcales, tandis que la *faida* y apparaît, non point comme un désordre, mais comme la garantie des droits méconnus, « plus tard, trois siècles après, la *faida* est abolie, écrit M. Gide, la justice publique organisée, et les pouvoirs domestiques soumis au contrôle du pouvoir royal ».

Les transformations sociales profondes se manifestent d'abord dans le régime familial. L'autorité excessive, attribuée anciennement à la famille sur les plus faibles de ses membres semble diminuer et perdre de sa brutalité.

Sous Clovis, le *mundium* n'appartient qu'à la famille. A l'époque franque, il appartiendra à l'Etat. Il y a donc là, à l'époque mérovingienne, la trace d'une évolution caractéristique.

« Le roi, disaient les Ecritures, doit être le père des orphelins et le refuge des veuves (1). » Après la conversion des Francs au christianisme, les rois juraient, le jour de leur couronnement, de protéger les faibles, ceux qui étaient sans défense, les ministres de Dieu, les enfants, les femmes. « *Deus hoc potissimum desiderat*, dira plus tard l'archevêque de Mayence au couronnement de Conrad II, *ut sis defensor ecclesiarum et clericorum, tutor viduarum et orphanorum.* » Nous voyons dans les formules de Marculf, comment les fonctionnaires, nommés par le roi, devaient prêter le serment d'intervenir en faveur des femmes et des gens sans défense. « Il faut que tu apparaises, comme le meilleur défenseur des femmes et des enfants (2). » « Il est juste, dit une autre formule, que le pouvoir royal étende sa protection sur les personnes qui sont incapables et privées de défenseur. »

(1) Deuteronomie, XXVII, 19.

(2) *Marculfi formularum*, liber I, form. 8, éd. Zeumer, p. 48 : « Carta de ducato... Viduis et pupillis maximus defensor appareas... »

Le concile de Mâcon, en 585, se préoccupe du sort de la femme, surtout lorsqu'elle comparaît en justice. « Ce que la sainte Ecriture ordonne au sujet des femmes et des orphelins, n'est pas ignoré de nous. Aussi, puisque Dieu a bien voulu nous charger d'entendre spécialement la cause des femmes et des enfants, il nous a été dit que ces accusés étaient frappés trop durement, et d'une manière définitive, par les juges, et cela, pour les moindres causes, peut-être, parce qu'ils n'avaient pas de défenseurs.. C'est pourquoi, nous décrétons que les magistrats ne jugeront pas les femmes et les orphelins, avant d'en avoir prévenu leur évêque. Si l'évêque ne peut assister au procès, un archidiaque ou un prêtre de son obédience, siégeant au même tribunal, arrêteront les termes du jugement délibérés en commun, d'une manière juridique et équitable, afin que les accusés en question ne soient point lésés. Si le juge ou celui qui poursuit l'instance leur cause quelque dommage injustifié, ou si l'on transgresse les ordres de ce concile, les coupables seront retranchés de la communion des fidèles. Quand on a la charge de grandes affaires, il serait indigne de mépriser les personnes d'humble condition.

On voit généralement que le mépris des moindres choses, entraîne de grandes ruines (1). »

(1) Concile de Mâcon, a. 585 ; Mansi, *Concilior. collectio.*, t. IX, p. 954 : « XII. Quid autem scriptura divina de viduis et pupillis precipiat, nobis clam non est. Ideoque, quoniam provisioni nostrae, Deo auctore, caussis principaliter viduarum et pupillorum sunt commissae, pervenit ad nos, quod a iudicibus crudelius pro levisimis caussis veluti defensore carentes, irremediabiliter affligan-

Ainsi que nous l'avons vu, l'Eglise, considérant le consentement personnel des femmes comme nécessaire à la conclusion du mariage, se trouve en opposition avec l'esprit des coutumes germaniques. Il y a surtout un abus que les conciles s'efforcent de combattre avec insistance, c'est le rapt ou enlèvement.

Le rapt. — Le rapt a été défini par Gratien : « *Raptus admittitur cum puella violenter a domo patris abducitur, ut corrupta in uxorem habeatur, sive puellae solummodo, sive parentibus tantum, sive utrisque vis illata constiterit.* » D'après cette définition, il y a rapt toutes les fois qu'il y a enlèvement.

A l'époque primitive, il est probable que les raptus étaient fréquents. Certains auteurs, érigeant le rapt en coutume préhistorique, prétendent que c'était une nécessité des civilisations primitives. Partout où existe le principe d'exogamie, c'est-à-dire l'obligation de choisir sa femme en dehors de la tribu, principe qu'on oppose à l'endogamie, il y a eu enlèvement, d'abord brutal, puis composition

tur. Ob quam causam decernimus, ut iudices non prius viduas et pupillos convenient, quam episcopo nuntiarint cujus sub velamine degunt. Quod si episcopus praesens non fuerit, archidiacono vel presbytero cuidam ejus, ut pariter sedentes, communi deliberatione caussis eorum terminos figant, ita juste ac recte, ut deinceps de talibus antedictae personae non conquassentur. Quod si is qui iudex est, aut impetitur, eis aut injuriam aliquam ingesserit; aut definitionem tanti concilii transgressus fuerit, a communione suspendatur.

Quibus igitur magnarum rerum caussae commissae sunt, nec minimarum dignum est caussas parvipendere personarum. Solent enim et minima paulatim despecta in magnum malum trahere. »

pécuniaire entre le ravisseur et la famille de la femme. L'histoire de l'enlèvement des Sabines est peut-être une légende. Elle n'en atteste pas moins, dit-on, l'existence d'un usage ancien ou d'un fait réellement arrivé, comme toutes les légendes, d'ailleurs. « Partout où nous trouvons des symboles, dit M. Starcke, nous pouvons conclure qu'ils sont l'image de la vie passée des hommes chez qui nous les observons (1). »

En résumé, le rapt était fréquent à l'époque mérovingienne.

Il est vraisemblable qu'il n'y est pas seulement un accident, mais qu'il y représente la survivance d'un état de choses ancien.

L'Eglise, fidèle à son rôle de protectrice des faibles, se montre sévère à l'égard des ravisseurs. Il y avait à cette attitude deux raisons. D'une part, il fallait réagir contre une coutume dangereuse, et l'on remarque à l'époque mérovingienne que les conciles se préoccupent surtout d'édicter des mesures contre les abus actuels et les dangers imminents. C'est ainsi que l'Eglise légifère contre l'adultère, contre l'inceste, contre le mariage des prêtres et des religieux.

D'autre part, il fallait sauvegarder la liberté du consentement personnel de la femme.

Il est certain que la législation sur le rapt se rattache très étroitement à la notion de consentement au mariage.

(1) Starcke, *La Famille primitive*.

On peut considérer que tout progrès accompli contre le rapt et toute répression efficace de cet abus est un avantage donné à l'idée du mariage par consentement libre.

À l'origine, peu après les invasions, le rapt donne lieu à une composition : toutes les lois barbares s'en occupent.

La loi salique condamne le ravisseur à une amende de 62 sous 1/2 ; la loi ripuaire, à deux cents sous d'amende et s'adresse aussi aux complices, qu'elle condamne chacun à une amende, distinguant entre les trois premiers qui sont condamnés au paiement de soixante sous et les autres qui sont obligés à verser seulement cinquante sous. Le fonctionnaire du roi ou l'ecclésiastique qui s'est rendu coupable de ce crime est condamné au paiement de cent solides. Quant à l'esclave, il sera frappé de mort (1). C'est ainsi que les lois primitives distinguaient, à l'imitation des lois romaines du bas-empire, entre les personnes et gardaient des pénalités différentes pour les diverses catégories sociales. L'Edit de Rotharis condamne à une amende de quarante solides le ravisseur d'une fille libre et au paiement de vingt solides, celui d'une esclave. L'édit suppose

(1) *Lex Ribuaria*. Ed. Brunner, Dans *Monumenta Germaniæ Legum*, t. V, p. 327. tit. XXXIV.

1) Si quis ingenuus ingenuam rabuerit, biscenta nos solidos noxius iudicetur. Quod si tres inieui cum ipso fuerint, unusquisque eorum bis trigenus solidus noxii iudicentur. Et quanti super illos 4 fuerint, unusquisque ter quinus solidus noxius iudicetur.

2) Quod si regius aut ecclesiasticus homo hoc fecerit, bis quingenus solidus culpabilis iudicetur.

4) Quod si servos hoc fecerit, de vita componatur. »

que le coupable a emmené la jeune fille à la cour royale et que ses maîtres ou ses parents l'y ont poursuivi (1).

La loi des Burgondes condamne le ravisseur, d'une part à une amende de douze solides, d'autre part au versement, entre les mains des parents de la jeune fille, d'une somme représentant six fois le prix qu'ils auraient reçu à l'occasion du mariage régulier de leur enfant (2).

La loi des Burgondes distingue entre le rapt accompli malgré la jeune fille, et l'enlèvement perpétré avec son consentement. Il y a en réalité trois situations différentes qui sont étudiées par les législateurs : le cas où personne n'a consenti à l'enlèvement, celui où la jeune fille seule y a accédé, et celui où la victime du délit était déjà fiancée à un autre personnage.

Enfin, accessoirement, il y aura lieu de parler, à propos des fiançailles, du cas où les parents et la jeune fille ont changé d'avis et ont rompu les fiançailles au profit d'un autre prétendu.

« Si la jeune fille, dit la loi des Burgondes, suit de son plein gré le jeune homme et se rend à sa demeure... le *pretium nuptiale* ne sera dû qu'au triple (3). »

(1) *Edictum Rotharis*, *op. cit.*, p. 51. CCX : « Si quis rapuerit haldiam, aut ancillam alienam, et in curtis regis duxerit, et sequens dominus, aut quicumque ex amicis aut servis ; et gastaldius, aut actor regis antesteterit, pro haldia de suis propriis rebus componat illi cuius, haldia fuerit, solidos quadragenta, pro ancilla solidos vigenti. »

(2) *Leges Burgundionum*. Liber Constitutionum, tit. XII, 2. Dans R. de Salis, *op. cit.*, p. 51 : « I. Si puella, quae rapta est incorrupta redierit ad parentes, sexies puellae pretium, raptor ex solvat : mul-tae autem nomine solidos XII.

(3) *Ibid.*, § 4 : « Si vero puella sua sponte expetierit virum, et ad

La loi des Saxons au titre *de coniugiis* est extrêmement claire.

I. « Celui qui veut prendre une épouse devra remettre à ses parents trois cents solides.

II. « Mais si, d'accord avec la jeune fille, il l'emmène, sans l'agrément des parents, il devra leur verser à titre de composition, deux fois trois cents solides.

III. « Enfin si ni les parents, ni la jeune fille n'ont consenti à ce projet, c'est-à-dire, si la jeune fille a été enlevée par violence, le ravisseur devra verser aux parents trois cents solides et à la jeune fille, deux cent quarante ; de plus, il devra remettre la jeune fille à ses parents (1). »

Il faut examiner enfin le cas où la jeune fille était déjà fiancée à un autre. La loi salique déjà l'a prévu. « Elle condamne le ravisseur à une amende de 45 solides, lorsqu'il aura abusé de la fiancée d'un autre, avec le consentement, d'ailleurs, de cette jeune fille (2). Dans le même ordre

domum illius venerit, et ille secum illa miscuerit, nuptiale pretium in triplum solvat. »

(1) *Lex Saxonum*, tit. VI, *De coniugiis*, *op. cit.*, p. 69 : « I. Uxorem ducturus 300 solidos det parentibus ejus.

« II. Si autem sine voluntate parentum, puella tamen consentiente, ducta fuerit, bis 300 solidos parentibus ejus componat.

« III. Si vero nec parentes nec puella consenserunt, id est, si vi rapta est, parentibus ejus 300 solidos, puellae 240 componat, eamque parentibus restituat. »

(2) L'édition Walter reproduit la leçon suivante (t. I, p. 26) : « XIV. 14. Si quis cum ingenua puella desponsata ea consentiente in occulto moechatus fuerit IDCCC den. qui faciunt sol. XLV culp. judicetur. »

L'édition Behrend, p. 43, donne la leçon suivante :

XXX, 2 : « Si quis cum ingenua puella spontanea voluntate ambis convenientibus mechatu fuerint MDCCC dinarios qui faciunt solidos XLV culpabilis judicetur. »

d'idées, la loi salique prévoit le cas où l'on fait violence à une femme, en route, au moment où, après les cérémonies de noces, elle est conduite à la maison de son mari. Le coupable est condamné à deux cents solides d'amende (1).

La loi salique ne parle pas de la composition légale qui est due au fiancé trompé. La loi des Wisigoths comble cette lacune : « quiconque aura enlevé la fiancée d'autrui, devra remettre la moitié de sa fortune à la jeune fille, et l'autre moitié au fiancé (2). »

La même loi défend aux jeunes filles de se fiancer à un autre que celui que leurs parents ont choisi, mais sans édicter de pénalité. « Ceci, dit la loi, ne lui sera permis en aucun cas (3). »

La loi des Saxons impose des compositions élevées pour le rapt dans le cas où la jeune fille était déjà fiancée.

1. « Quiconque aura enlevé une femme fiancée à au-

(1) *Lex Salica*. Ed. Behrend, 1897, p. 26, tit. XIII, add, 4 : « Si quis puella sponsata dructe ducente in via ad sallierit et cum ipsa violenter moecatus fuerit malb. gaugie altho sunt denarii VIII M qui faciunt solidos CC culpabilis judicetur. »

XIV : « Si quis cum ingenua puella desponsata, ea consentiente in occulto maechatus fuerit, IDCQC den. qui faciunt sol. XLV culp. judicetur. »

(2) *Lex Wisigothorum*. Ed. Zeumer, p. 142, lib. III, tit. III ; V. *Antiqua* : « Si alienam sponsam quicumque rapuerit, de raptoris ipsius facultatibus medietatem puelle, alia vero medietatem sponso iubemus addici. »

(3) *Lex Wisig.* Ed. Zeumer, p. 422, lib. III, tit. I, § 2 : « Si puella contra voluntatem patris alii nubat, quae sit alteri disponsata.

« Si quis puellam cum voluntatem patris, sponsatam habuerit, et ipsa puella contemnens voluntatem patris, ad alium tendens patri contradicat, ut illi non detur, cui a patre fuerit pacta, hoc ita eam nullo modo facere permittimus. »

trui, devra verser à son père à titre de composition trois cents solidos, trois cents solidos au fiancé, et de plus, il devra acheter la jeune fille au prix de trois cents solidos.

II. « Et si le rapt a été commis sur une route contre une jeune fille qu'accompagnait sa mère, il devra en outre verser trois cents solidos à la mère, à titre de réparation (p. 87, note 2). »

Enfin la loi des Wisigoths, suppose un rapt d'accord avec les parents. Ce n'est plus du tout un rapt. Seul l'ancien fiancé porte plainte.

« Si les parents ont donné leur approbation au ravisseur, ils seront forcés à remettre à l'ancien fiancé, le prix dont ils avaient convenu avec lui, et au quadruple (1). »

A cette époque, le délit de rapt était prescrit par trente ans (2).

Nous avons ainsi étudié une première phase de la répression du rapt, répression dont les rigueurs ne sont pas poussées à l'extrême. On y sent l'influence d'habitudes qui s'exercent fréquemment et qu'il serait difficile de vaincre.

Mais, sous l'influence de l'Eglise, la législation devient plus sévère.

(1) *Lex Wisigoth.* Ed. Zeumer, p. 141, lib. III, tit. III. III : « Si parentes raptori consenserint, pretium filie sue quod cum priore sponso definisse noscuntur, in quadruplum eidem sponso cogatur exsolvere. Idem vero raptor, legibus sponso inexcusabiliter maneat abdicatus. »

(2) *Lex Wisigoth.* Ed. Zeumer, p. 142, lib. III, tit. III. VII : « Raptorem virginis vel vidua infra XXX annos omnino liceat accusare... »
« Transactis autem XXX annis, omnis accusatio sopita manebit. »

Le concile d'Orléans, de 541, prononce l'excommunication contre ceux qui se marient contrairement à la volonté de leurs parents (1).

De même, le concile de Paris, en 557 ou 555, prononce l'excommunication et en donne les motifs : «... cette assemblée doit informer tous les fidèles, aussi bien les prêtres que les princes et tout le peuple, que nul ne doit entreprendre de s'approprier le bien d'autrui sous l'empire du roi, que nul n'espère obtenir une femme ou une fille malgré ses parents, . . . ou ne tente de l'enlever (2). »

Le concile de Tours, de 567 rapporte un édit de Charibert prescrivant que « nul ne tente d'enlever ou même d'épouser une jeune fille, sans le consentement de ses parents (3) ».

Sous cette influence sévère de l'Eglise, les rois Francs,

(1) *Concilium Aurelianense*, a. 541 ; Maassen, *Concilia*, t. I, p. 92 : « XXII. Ut nullus per imperium potestatis filiam competere audeat alienam, ne coniugium, quod contra parentum voluntate impiae copulatur, velut captivitas iudicetur. Sed si, quod est prohibitum, admittitur, in his, qui perpetraverint, excommunicationis severitas pro modo pontificis imponatur. »

(2) *Concilium parisiense*, III, a. 555 ou 57 ; Mansi, *Conciliarum amplissima collectio*, t. IX, p. 746 : « VI. Et quia utilium rerum caepit causa tractari, hoc universitas praecavere quoque debet, tam sacerdotes quam principes, omnisque populus, ut nullus res alienas competere a regis audeat potestate. Nullus viduam, neque filiam alterius, extra voluntatem parentum, aut rapere praesumat, aut regis beneficio aestimet postulandam. Quod si fecerit, similiter sab ecclesiae communionem semotus, anathematis damnatione plectatur. »

(3) *Concilium Turonense*, a. 567 ; Maassen, *Concilia*, t. I, p. 130 : « XXI... Nunc domnus Charibertus rex successor eorum praecepto suo roboravit, ut nullus ullam nec puellam nec viduam absque parentum voluntatem trahere aut accipere praesumat. »

prennent des dispositions contre le rapt, peut-être plus sévères et plus dures que l'Eglise ne l'eût souhaité.

Déjà la loi des Wisigoths se montre rigoureuse pour le ravisseur. La tentative de rapt est punie de la perte de la moitié du patrimoine. Quant au rapt lui-même, il a des conséquences encore plus fâcheuses. Le ravisseur ne pourra jamais épouser la jeune fille qu'il a enlevée. Il sera livré à la vengeance de celle qu'il a violentée et sera frappé en public de deux cents coups de fouet. Il perdra la qualité d'homme libre ; enfin, réduit en esclavage, il appartiendra aux parents de la jeune fille, et cela, à perpétuité.

Si la jeune fille consent, après coup, à épouser son ravisseur, les deux conjoints encourront la peine de mort et ils n'auront la vie sauve qu'en se réfugiant dans une église ou aux pieds de l'évêque. Mais de toute façon ils seront séparés et réduits en servitude (1).

(1) *Legis Wisigothorum*, Ed. Zeumer, p. 139, lib. III, tit. III ; I. *Antiqua* : « Si quis ingenuus rapuerit virginem vel viduam, si, antequam integritatem virginitatis aut castitatis aemittat, puella vel vidua potuerit a raptore revocari, medietatem rerum suarum qui rapuit ille, perdat, ei, quam rapuerit consignandam.

Si vero, ad immunditiam, quam voluerit, raptor potuerit pervenire, in coningium puelle vel vidue mulieris, quam rapuerat, per nullam compositionem iungantur ; sed omnibus traditis ei cui violentus fuit, et CC insuper in conspectu omnium publice hictus accipiat flagellorum, et careat ingenuitatis suae statum, parentibus eiusdem cui violentus extiterat, aut ipsi virgini vel vidue, quam rapuerat, in perpetuum serviturus.

II. Si parentes mulierem vel puellam raptam excusserint, ipse raptor parentibus eiusdem mulieris vel puelle in potestate tradatur, et ipsi mulieri penitus non liceat ad eundem virum se

En 596, le décret de Childebert II prend les mesures les plus rigoureuses contre le rapt. Il veut que quiconque se sera rendu coupable de ce crime, commettant ainsi le forfait le plus odieux, soit frappé de la peine de mort. Et que « nul de nos *optimates*, ajoute t-il, ne tente de demander grâce pour le coupable, mais que bien au contraire chacun contribue à poursuivre un tel ennemi de Dieu. Celui qui oserait enfreindre notre édit, sera exécuté par le juge. Et s'il se réfugie à l'Eglise, l'évêque devra le rendre aux autorités et les amants seront séparés, malgré toutes les supplications possibles. Assurément, si la femme a consenti à appartenir à son ravisseur, tous deux seront envoyés en exil. Et s'ils ont été saisis en dehors de l'Eglise, tous deux seront punis de mort. Leurs biens seront dévolus à leurs parents légitimes et le fisc recevra ce qui lui dû (1). »

coniungere. Quod si facere prae sumpserit, ambo morti tradantur. Si certe ad episcopum, vel ad altaria sancta confugerint, vita concessa, omnis modis separentur, et parentibus raptæ, servituri tradantur. »

(1) *Childeberti secundi Decretio*, a. 596, febr. 29, § 4 (Boretius, *Capitularia*, II, p. 16) : « 4. Pari condicione convenit Kalendas Marcias, omnibus nobis adunatis, ut admodo quicumque proesumpserit raptum facere, unde impiissimus vitius adcreverit, vitæ periculum feriat; et nullus de optimatibus nostris praesumat pro ipso precare, sed unusquisque admodum inimicum Dei persequatur. Qui vero edictum nostrum ausus fuerit contempnere, in cuiuslibet iudicis pago primitus admissum fuerit, ille iudex collectum solatium ipsum raptorem occidat, et iaceat forbatutus. Et si ad ecclesiam confugium fecerit, reddendus ab episcopo, absque ulla precatione exinde separentur. Certe si ipsa mulier raptori consenserit, ambo pariter in exilio transmittantur. Et si foras ecclesia capti fuerint,

Malgré ces terribles admonitions, il apparaît qu'il était d'un usage constant de conclure des mariages après le rapt. Plusieurs formules témoignent de cette coutume. Il y en a même une qui est très intéressante, parce qu'elle reproduit une ancienne règle qui est tirée des *Sentences* de Paul.

« Du vivant des parents, il n'y a pas de mariage légitime, sans leur consentement entre les enfants. Mais, une fois contractées, les unions ne peuvent être dissoutes. Dans ces conditions, ma très douce épouse, puisque je me suis uni à vous en mariage, après un rapt, ce qui aurait pu me coûter la vie, si des prêtres et des personnages distingués n'avaient offert leur entremise et obtenu ma grâce, j'ai décidé de vous donner définitivement quelques-uns de mes biens par cet écrit, à titre de composition, ou si l'on veut à titre de cession... (1) »

ambo pariter occidantur, et facultates eorum parentibus legitimis, et quod fisco nostro debetur, adquiratur. »

(1) Zeumer, *op. cit. Formulae Turonenses*, n° 16, p. 143 ; *Carta in puellam factam ab eo, qui ipsam invitam traxerit*. : « Viventibus patribus inter filiosfamilias sine voluntate eorum matrimonia non legitime copulantur, sed contracta non solvuntur (a). Idcirco ego, in Dei nomine, ille, dulcissima coniux mea illa. Dum et te sine voluntate parentum tuorum rapto scelere in meo sociavi coniugio, unde vitae periculum incurrere debui, sed intervenientes sacer-

(a) Voici le texte des *Sentences* de Paul dont ce texte est imité : « Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus, matrimonia non contrahuntur, sed contracta non solvuntur contemptatio enim publicae utilitatis, privatorum commodis preafertur. » — Si les annotateurs de la loi des Wisigoths, puis les auteurs de cette formule ont invoqué ce passage de Paul, ils ne l'ont évidemment pas compris. Ils traduisaient *contracta non solvuntur* : « Les mariages ne sont pas nuls ». Paul, *Sentences*, II, XX, 2. Cf. Dig. XXIII, 2, 19.

Il résulte de la lecture de ce texte que, malgré les prescriptions royales, malgré la loi des Wisigoths et le décret de Childebert, on faisait grâce assez souvent aux coupables, et les personnes de l'entourage intervenaient quand même, avec raison d'ailleurs, pour conjurer autant que possible le péril de l'application d'une loi rigoureuse.

Il faut remarquer, et ceci résulte d'une autre formule similaire, que la cession de biens que le jeune homme consentait à la jeune fille représentait en même temps une dot : « ce que j'aurais dû vous conférer, à titre de donation ou de dot, avant le jour du mariage, si j'avais été régulièrement fiancé à vous (1). »

Grégoire de Tours raconte les péripéties de Pappolène, fiancé à une jeune fille dont la famille lui refusait la main en définitive... Pappolène se rendit coupable de rapt, et même de rapt envers une femme consacrée à Dieu, ce qui aurait été un grand crime si les circonstances n'avaient pas été très spéciales... Pappolène obtint sa grâce.

dotes vel bonis hominibus vitam obtinui : ideo placuit mihi ut per hanc epistolam compositionalem, *aut, si convenit*, cessionem, aliquid de rebus meis tibi confirmare deberem ; quod ita et feci. Hoc est locello nuncupante illo, situm in pago illo, cum terris, aedificiis, accolabus, mancipiis libertis, vineis, silvis, pratis... »

(1) Zeumer, *op. cit.*, p. 85, *Marculfi formularum*, lib. II, n° 16. Dulcissima conjuge mea illa ille. Dum et te per voluntatem parentum tuorum habui disponatam, et absque tua vel parentum tuorum voluntate rapto scelere meo coniugio sociavi, unde vitae periculum incurrere debui, sed intervenientes sacerdotes vel bonis hominibus, vitam obtinui, sic tamen, ut quod tibi in tanodo vel in dotis titulum, ante die nupciarum, si te disponatam habuissem conferre debueram, per hanc epistolam compositionalem *aut, si convenit*, cessionem, firmare deberim ; quod ita et feci. »

« A cette nouvelle, Pappolène reprit la nièce de Félix dont il avait été séparé. Il lui avait été fiancé autrefois ; mais comme l'évêque Félix différait toujours le mariage, Pappolène était venu avec une troupe considérable, avait enlevé la jeune fille de l'oratoire épiscopal et s'était réfugié dans la basilique de Saint-Albin.

Alors Félix, ému de colère, était parvenu, à force d'artifices, à séparer la jeune fille de son mari et lui avait fait prendre l'habit dans un monastère de la ville de Bazas. Celle-ci envoya secrètement des messagers pour que Pappolène vint la reprendre en l'enlevant du lieu où elle était renfermée. Il y consentit, la retira du monastère, s'unit à elle en mariage, et muni d'un privilège du roi, cessa de craindre les menaces de ses parents (1). »

En 614, un édit de Clotaire punit spécialement le rapt des religieuses et des filles consacrées à Dieu. « Si quelqu'un a été assez audacieux pour faire violence à ces femmes, il sera puni de mort. Et si les coupables se sont réfugiés dans l'église et qu'il apparaisse que la jeune fille ait consenti à l'enlèvement, tous deux seront condamnés à l'exil et leurs biens passeront à leurs héritiers (2). »

(1) Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, VI, 16, traduction Guizot.

(2) *Edit de Clotaire*, 614, n° 18 ; Boretius, p. 23 : « De puellas et viduas religiosas aut sanctaemunialis qui se Deo voverant, tamque in proprias domus resedent quam qui in monasteria posete sunt, nullus nec per praeceptum nostrum competat nec trahere nec sibi in coniugio sociare paenitus praesumat. Et si quis exinde praeceptum elegerit, nullum sorciatur effectum. Et si quicumque aut per virtute aut per quolibet ordine ipsas detrahare aut sibi in conju-

Spontanea voluntas. — Il semble que toute cette législation sur le rapt coïncide avec un notable développement de la liberté du consentement personnel aux mariages.

L'Église, par son influence, obtient d'abord un premier progrès. Les femmes ne seront plus mariées malgré elles. Elles devront consentir au mariage personnellement.

Un canon attribué par Gratien au concile d'Arles s'exprime ainsi : « Les femmes qui, n'ayant pas fait profession de chasteté, ont décidé de se marier, doivent épouser ceux qu'elles veulent avoir pour mari par leur volonté personnelle. De même, les jeunes filles sont régies par la même loi. Et, en dehors de leurs parents, nul ne doit les influencer (1). »

En même temps il se produit une autre modification. L'Église limite à son minimum, la liste des personnes dont le consentement est requis. Seuls les parents sont admis à s'opposer à un mariage.

Les textes que nous avons vus à propos de la législation canonique sur le rapt, indiquent nettement que l'Église prenait en considération l'avis des parents seulement.

L'édit de Rotharis prend des mesures pour éviter que

gium praesumpserit sociare, capitale sententia feriat.

« Et si in ecclesia coniugium fecerint et illa rapta aut rapienda in hoc consentire videbitur, sequestrati ab invicem in exilio deportentur, et facultas ipsorum propinquis heredibus societur. »

(1) Mansi, t. VIII, col. 629 ; Décret de Gratien, *Ex concilio arelatensi*, IV ou V : « Viduae, si prius quam continentiam profitentur, nubere elegerunt, illis nubant quos propria voluntate velint habere maritos. Similiter haec conditio et de virginibus habeatur. Nec extra voluntatem parentum cogantur accipere maritum. »

personne n'influence les femmes et les jeunes filles et ne pèse sur leur volonté afin de les déterminer à un mariage. L'édit spécifie particulièrement que le fait de posséder le *mundium* sur une femme n'implique pas le droit de la marier et surtout de la marier malgré elle.

Voici le sens général du chapitre 196 en question : « Ceux qui exercent leur *mundium* sur une femme ou une jeune fille de naissance libre, qu'ils tiennent en leur puissance, — sans être leur père ou leur frère — et qui auraient agi sur leur esprit, ou les auraient mariées malgré elles, ou bien encore auraient donné leur assentiment, fourni des conseils, et accordé leur approbation à ceux qui prétendaient faire violence à ces femmes, ces coupables seront punis de la perte du *mundium* sur elles, et les victimes auront le choix entre deux partis, ou bien de retourner auprès de leurs parents, ou bien de se recommander à la cour du roi, avec leurs biens personnels, que la loi leur garantit.

Le roi désormais aura le *mundium* sur elles. Et si ces personnages protestent qu'ils n'aient point commis ce crime, ils seront admis à s'en justifier et ils pourront exercer de nouveau le *mundium*, comme auparavant (1). »

(1) *Edictum Rothari, op. cit.*, p. 47 : « 196. Si quis mundium de puella libera aut muliere potestatem habens, excepto pater aut frater, et in animam ipsius puellae aut mulieris insidiatus fuerit, aut alii invitam ad maritum tradere voluerit, aut volentibus ad eius violentiam faciendam consensum praeberit, aut consilium dederit et provatur, amittat mundum ipsius, et illa potestatem habeat de duas vias : vult ad parentis reverti, vult ad curtem regis cum rebus suis propriis, quae ad eam per legem pertinent, se commen-

Cette loi est déjà un essai vers la libération des femmes. Il est surtout probant pour indiquer l'état antérieur, celui que les coutumes germaniques avaient créé. Il contient des allusions évidentes à la pression et aux manœuvres qui s'exerçaient habituellement sur l'esprit des femmes, des femmes riches particulièrement.

Le père et le frère ne sont pas compris dans la répression. Assurément, cette exception prouve que leur intervention était toujours licite. Mais, d'autre part, étant donné l'esprit sévère de la loi, le fait d'avoir laissé au père et au frère leurs pouvoirs, prouve qu'on avait confiance en leur bonté et qu'on supposait qu'ils portaient assez d'intérêt à leur fille et à leur sœur pour ne pas lui faire violence sans raison.

A propos de cette intervention des parents, il est évident qu'il ne faut pas lui donner une importance plus grande qu'elle n'a. Pour aider à la comprendre, dans l'esprit de cette époque, il faut lire un texte de Grégoire de Tours dans la *Vie de Saint Leobardus*. Ce texte est ainsi conçu : « Mais étant parvenu à l'âge d'homme, et *forcé par ses parents*, il fut poussé à donner, selon l'usage, l'anneau de fiançailles à une jeune fille, en qualité de futur mari (1). »

dare, qui mundium ejus in potestatem debeat habere. Et si vir ille ista crimina negaverit, liceat eum se purificare, et mundium sicut habuit habere, si se purificaverit. »

(1) Grégoire de Tours, *Vitae Patrum* ; Monumenta Germaniae, *Scriptores rerum merovingicarum*, t. I, p. 741 : « XX. Sed cum ad legitimam pervenisset aetatem, cogentibus, juxta consuetudinem humanam parentibus, ut arram puellae, quasi uxorem accepturus, daret, impellitur . . . Denique, dato sponsae anulo, porregit osculum, praebet calciamentum, caelebrat sponsaliae dum festum. »

Il est très clair que ces mots « forcé par ses parents » doivent s'entendre dans le sens le plus large. Il y a là plutôt une inadvertance de style qu'une assertion juridique.

On peut lire aussi dans les canons d'un synode irlandais du ^v^e siècle : « La fille doit obéir à son père ; mais le père doit prêter l'oreille aux désirs de sa fille (1). »

Enfin, une constitution de Clotaire de 560 est particulièrement décisive.

Voici la disposition de cette loi : « Nul, dans notre empire, ne pourra obtenir le mariage d'une femme ou d'une jeune fille, sans *leur consentement personnel*. Et on n'aura pas le droit de les enlever injustement sous de fallacieux prétextes (2). »

On remarquera que cette constitution ne fait aucune réserve. Elle ne comporte aucune exception au profit du père ou du frère. Plus avancée même que les textes des conciles, elle n'exige pas le consentement des parents.

Il faut aussi noter, pour en commenter le texte, que la formule de Sirmond dont j'ai parlé plus haut, et qui reproduit un texte des *Sentences* de Paul, donné en note, cette formule est très caractéristique parce qu'il est prouvé que ses rédacteurs entendaient *contracta non solvuntur* dans le

(1) Cité par M. Viollet, *Droit privé et sources. Histoire du droit civil français*.

(2) Chlotarii regis constitutio generalis, an 560, dans Walter, *Corpus juris germanici*, t. II, p. 2. VII « Nullus per auctoritatem nostram matrimonium viduae vel puellae sine ipsarum voluntate praesumet expetere ; neque per suggestiones subreptitias rapiantur iniuste. »

sens suivant : « Etant contractés, ils sont valables », au lieu de comprendre, comme le reste du texte de Paul l'impose. « Contractés, ils ne peuvent être rompus ». Les commentateurs de la loi des Wisigoths ont fait cette erreur d'interprétation. Puisqu'ils l'ont commise, puisque les rédacteurs des formules de Sirmond y sont également tombés, c'est bien la preuve que le consentement personnel des époux était considéré comme assez opérant pour créer un lien de mariage valable.

D'ailleurs, si on les regarde de près, les formules sont très explicites. Je peux en citer deux d'où il appert nettement que le consentement personnel, la *spontanea voluntas* de la femme était requise.

« Puisqu'il est connu de tous que j'ai été fiancé à vous, par *votre volonté libre*, en même temps qu'avec l'assentiment de *nos* parents et amis ». On ne peut s'empêcher de remarquer la différence de valeur que l'on donne ici, d'une part au consentement propre de la fiancée et d'autre part à l'assentiment des parents *et amis* des *deux* partis, formule trop étendue pour être une indication (page 93, note 2).

Dans une autre région, les formules de Tours dérivées du Droit romain nous montrent la même importance attachée au consentement personnel de la femme. Le style est exactement le même. On y retrouve les termes, *tua spontanea voluntate* (1).

(1) Formules de Tours, Ed. Zeumer, pp. 142, 143, n° 14. *Donatio in sponsa facta* : « Dum multorum habetur percognitum quod ego te illa, una cum consensu parentum, vel amicorum nostrorum, tua spon-

Dans le décret de Compiègne, il est question de la volonté personnelle de la jeune fille que l'on suppose en opposition avec celle de son beau-père. Dans le cas où ce dernier aurait triomphé, le mariage contracté sous son influence serait nul. La fin du texte est très instructive : « Si cette fille ne *veut* pas avoir cet homme pour mari et si elle l'abandonne, ses parents pourront lui en choisir un autre. Et si elle-même en a un autre, qu'*elle* a épousé par la suite, cette union ne *doit pas être dissoute* (1). »

tanea voluntate sponsavi, mihi placuit, ut aliquid de rebus meis per hunc titulum libelli dotis ante dies nuptiarum tibi confirmare deberem quod ita et feci. »

15. *Traditio* : « Dum multorum habetur percognitum, qualiter ego ille puella aliqua nomine illa una cum consensu parentum vel amicorum nostrorum legibus sponsavi et aliquid de rebus meis ei donare ante dies nuptiarum disposui, ideo placuit mihi ut de ipsas res misso ipsius puellae nomine illo traditionem vel introductionem locorum secundum legem Romanam, facere deberem ; quod ita et feci. »

(1) *Decretum Compendiense*, a. 757 ; Boretius, Cap. t. I, p. 38 : « 6. Et si quis Francam filiastram suam contra voluntatem ipsius et matris et parentum dederit viro ingenuo aut servo vel ecclesiastico ; et illa noluerit habere ipsum et reliquerit eum, potestatem habent parentes ipsius dare ei alium maritum. Et si ipsa alium habet, quem postea accipit, non separentur. »

CHAPITRE IV

CONDITIONS DE FORME

Comme nous l'avons vu, le consentement est la principale condition du mariage. Que les futurs époux tombent d'accord, qu'ils prononcent des paroles dont le sens ne soit pas douteux, leur mariage est définitif. Pourquoi parler de formes nécessaires ? La définition du mariage n'est-elle pas en contradiction avec cette idée ?

Cependant, il y a, il y aura toujours des formes pour un mariage et cette exigence est basée sur plusieurs raisons :

Si le mariage est formé par un accord volontaire, on se trouvera embarrassé pour faire la preuve du consentement ou de la foi donnée. Il y aura des difficultés pour savoir ensuite ce qui a été décidé exactement, si l'accord était provisoire ou définitif, s'il était sérieux.

Il faudra distinguer ce qu'était réellement l'acte, de ce qu'il n'était pas, différencier le vrai mariage du concubinat, éviter les fraudes, avertir les tiers, publier les bans.

C'est ainsi que sous Justinien, après l'abandon des anciennes coutumes religieuses et des rites du mariage ancien, on décida qu'il était nécessaire de rédiger un *Instrumentum Dotale* pour constater le mariage des *personae illustrae*, afin de le distinguer des unions inférieures.

De plus, le jour où un acte est valable par le seul consentement, il devient infiniment difficile d'en faire la preuve. Et quand la forme n'est plus nécessaire pour créer l'acte, elle recommence à être utile pour le prouver.

Nous verrons, dans les développements qui vont suivre que, pour le mariage, des motifs d'ordre religieux ont inspiré des usages spéciaux, comme par exemple la bénédiction nuptiale, qui sont des conséquences du caractère sacramentel de l'institution.

Au début de l'époque mérovingienne, le mariage comprenait essentiellement trois actes extérieurs :

La desponsatio,

La dotatio,

La traditio puellae.

Il semble bien que cette triple forme ait joué un très grand rôle, encore à cette époque dans la célébration du mariage. L'idée du mariage sans forme, admise cependant par l'Église dès l'origine, l'idée du mariage indépendant même du commerce matériel des époux, qui a été déjà publiée par saint Augustin (p. 80, note 2), dont j'ai cité un texte probant, le fond même de l'acte, en un mot, disparaît encore derrière certains rites qu'il faut accomplir d'une manière solennelle. Tels sont d'abord les rites de la *desponsatio*.

SECTION I

LA DESPONSATIO

Cette solennité ne s'appelle pas encore fiançailles : Le mot ne sera forgé que vers le ^{xiii}^e siècle (1).

Je trouve cet enseignement dans le livre si documenté de M. Chénon sur quelques rites nuptiaux.

Au cours de ce chapitre, j'aurai à faire des emprunts nombreux aux idées si intéressantes et aux documents qui y sont exposés.

Quel était le but des fiançailles, quels étaient leurs rites ?

Les fiançailles ont pour but d'exprimer solennellement la volonté des futurs époux de se prendre réciproquement pour mari et femme.

Les fiançailles indiquent que l'on n'est plus dans la phase des pourparlers. Elles sont la marque de l'accord intervenu entre les deux parties, et j'ajoute, entre les deux familles : « On pourrait, dit M. Viollet, les appeler traité de mariage (2). »

A Rome, le mariage était indépendant de toute convention antérieure.

Cependant, elles étaient en usage, depuis une haute

(1) Chénon, *Quelques rites nuptiaux*, p. 13.

(2) Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 418.

antiquité, et leur trait caractéristique fut la remise d'un anneau, *annulus sponsalitiis*, *pronubus* ou *genialis* (1).

A la fin de l'époque classique et au bas-empire, elles ont revêtu une importance nouvelle, en raison des conventions pécuniaires et des arrangements d'intérêt qui y étaient arrêtés.

C'est au jour des fiançailles que l'on réalisait la *donatio ante nuptias* notamment.

En Germanie, les rites qui précédaient le mariage étaient des rites solennels. La promesse, qu'on a appelée *desponsatio*, était à l'époque mérovingienne, et notamment au vi^e siècle, accompagnée de deux solennités principales, la remise d'un anneau, et l'*osculum*, ou baiser de fiançailles. Nous verrons tout à l'heure le sens particulier qu'il faut attacher au terme *osculum*.

L'anneau.

La remise d'un anneau remonte aux temps les plus anciens. En Egypte, suivant Aulu-Gelle, on aurait déjà connu cet usage, et même on aurait eu l'habitude de porter l'anneau au quatrième doigt de la main gauche (*Digitus medicinalis*). A Rome, Plaute, Térence, Pline l'ancien, Macrobe (2) nous parlent de l'anneau de fiançailles et de sa signification.

Il résulte du témoignage des historiens, que la remise de l'anneau fut moins un élément formaliste d'un contrat

(1) Chénon, *op. cit.*, p. 4.

(2) Cités par M. Chénon, *op. cit.*, p. 4 et suiv.

de fiançailles qu'une constitution de gage. Alors même que les fiançailles revêtaient la forme d'une *sponsio* (*spondesne*, *spondeo*), l'exécution des obligations qu'elles engendraient était évidemment difficile à obtenir. Toutes les fois qu'il s'agit de déterminer l'une des parties à un fait personnel, on est obligé d'agir par une *stipulatio poenae* ou par une contrainte morale.

Ainsi la remise de l'anneau fut un gage donné à la fiancée. Ce gage s'appela arrhes, *arrhae sponsalitiaë*.

Malgré des différences incontestables avec les arrhes véritables, l'anneau de fiançailles fut appelé de ce nom par les pères de l'Eglise. Dès le iv^e siècle, ils emploient les termes *subarrhare*, *subarrhata* pour *desponsare*, *sponsa*.

Avec le développement de la richesse, à mesure que la valeur matérielle de l'anneau, toujours relative, diminuait, l'*annulus* fut de plus en plus regardé comme un gage de la fidélité : *Annulus fidei*. Mais en même temps le sens de gage et d'arrhes persiste.

Grégoire de Tours nous indique, dans le récit des fiançailles de saint Leobardus, quatre formalités particulières aux mariages mérovingiens. Saint Léobard est engagé à donner des arrhes à une jeune fille, en vue de la prendre pour femme... « Enfin, ayant donné un anneau à sa fiancée, il lui offre le baiser, présente les pantoufles et célèbre les fiançailles un jour de fête (1). »

Ce texte très curieux nous montre bien que l'anneau

(1) Grégoire de Tours, *Vitae patrum*, XX (p. 120, note 1).

était donné à titre d'arrhes, *quasi uxorem accepturus*. C'est une garantie de l'exécution du traité de fiançailles. La loi des Wisigoths l'entend dans le même sens. Au titre III, § 3, le texte est ainsi conçu :... « Il y a souvent des gens, qui, oublieux des fiançailles, diffèrent de remplir les obligations auxquelles ils se sont engagés. Il convient de mettre fin à cet abus, afin que l'un des fiancés ne réclame pas des délais, à l'encontre de l'autre. Aussi, nous décrétons que, du jour de la promulgation de la présente loi, si, entre les futurs époux ou leurs parents ou peut-être leurs proches, les dispositions relatives au mariage projeté ont été arrêtées devant témoins, et l'anneau donné ou reçu à titre d'arrhes, aucune promesse ne devra être violée, quoique l'on n'en ait pas dressé d'écrit, lorsque cette promesse a été accompagnée de la remise de l'anneau et que les termes en ont été arrêtés devant témoins. Et une des parties n'aura pas le droit de changer seule la moindre des conventions, à moins que l'autre partie n'y consente (1)... »

(1) *Loi des Wisigoths*, III, I, § 3, Ed. Zeumer, p. 124. *De non revocandis datis arrnis* : « Dum preteritorum facta recolimus, futuris ponere presumptionibus terminum consultissimum arbitramur. Quia ergo sunt plerique, qui facte sponsionis inmemores, nuptialium federum definitionem differant adimplere, abrogari decet huius rei licentiam, ut non unusquisque pro suo velle, alteri dilationem exhibeat. Ideoque a die late huius legis decernimus, ut, cum inter eos qui disponendi sunt, sive inter eorum parentes aut fortasse propinquos pro filiorum nuptiis coram testibus precesserit definitio, et anulus arrarum nomine datus fuerit vel acceptus, quamvis scripturæ non intercurrent, nullatus promissio violetur. Nec liceat uni parti suam immutare aliquatenus volumtatem, si pars altera prebere consensum noluerit ; sed secundum legem

De même les fiançées anglaises, à la fin du viii^e siècle, étaient subarrhées par l'anneau. M. Chénon cite à l'appui de cet enseignement un passage ainsi conçu, rapporté par Gujas (1). « *Annulo subarratum sortitur virginem.* »

Comme il résulte de ces documents, surtout de la loi des Wisigoths, l'anneau servait non seulement d'indemnité en cas de dédit, mais surtout de moyen de preuve. Il est très curieux de constater que l'anneau remplace ici l'écrit. On pourrait dire qu'il joue le rôle de commencement de preuve par écrit, puisque les conventions arrêtées devant témoins, sont valables lorsque l'anneau a été remis.

L'anneau est donc un moyen de preuve qui permet aux témoins de se faire croire.

Dans plusieurs formules enfin, il est question de l'anneau de fiançailles. Ainsi dans le *Libellum Dolis*, n° 9 (*Formulae extravagantes*) (2), je lis : « Et caedo ei osculum interceden-

alteram constitutionem doli inpleta nuptiarum inter eos peragatur festa celebritas. »

(1) T. VI, col. 425.

(2) *Libellum Dolis*, 9 (*Formulae extravagantes*); Zeumer, *Formulae merovingici aevi*, p. 538 : « ... His igitur admonitionibus, et ut divino precepto oboedirem ; quia Omnicrans dixit : crescite et multiplicamini et replete terram, quam ob rem ego, in Dei nomine N., cujus pater meus nomine N. et mater mea nomine N., ut multis habeatur percognitum, aliquam feminam nomine N., cuius pater fuit nomine N. et mater nomine N., mihi una per consensum parentum nostrorum et amicorum eam legibus sponsare decerno, et ad diem nuptiarum, Domino iubente, pervenire delibero. Et caedo ei osculum intercedente (a) anulo circumdata restringente, in die

(a) Cf. *Lex Romana Wisigothorum*, Cod. Theodosien. III, 1, 5 (note de l'éditeur)

te (1), anulo circumdata restringente, in die nuptiarum, aliquid de rebus propriis quae ita sunt... »

De même, dans un des récits les plus frappants de Grégoire de Tours, que j'aurai l'occasion de rapporter plus loin, on voit le fourbe Andarchius surprendre le consentement de la mère d'une jeune fille et se faire passer pour fiancé légitime : « Alors, dit l'historien, il alla trouver le roi, montra au juge du lieu un ordre pour lequel il lui était enjoint de le marier à la jeune fille, disant : « J'ai donner des arrhes pour l'épouser (2). »

nuptiarum aliquid de rebus propriis ; quae ita sunt.... Si autem fuerit, aut ego ipse, aut ullus de heredibus meis aut ulla emissa persona, qui contra hunc osculum aliquid agere aut inquirere voluerit, libras 500 de auro mundissimo coactus exsolvat, et vox suae nihil ei proficiat.

« Signum Borchardi, qui istum osculum fieri jussit et nobilium virorum astipulatione firmare rogavit. »

(1) Cf. *Lex Romana Wisigothorum*, Cod, Théodosien, III, 5, 5.

(2) Grég. de Tours, *Hist. Franc.*, IV, 47, trad. Guizot, *Histoire d'Andarchius* : « Le différend s'échauffa, Andarchius fit appeler Ursus en présence du roi ; puis arrivé à Braine, il prit un autre homme également nommé Ursus et l'ayant amené en secret auprès de l'autel, le fit jurer en ces termes : « Par ce saint lieu et par les reliques de ces saints martyrs, si je ne te donne pas ma fille en mariage, je te paierai sans délai seize mille sous d'or. » Il avait aposté dans la sacristie des témoins qui entendaient ces paroles, sans voir celui qui les prononçait.

Ensuite Andarchius apaisa Ursus et fit si bien que celui-ci revint dans son pays sans avoir paru devant le roi. Quand il fut parti, Andarchius produisit, devant le roi, l'écrit dans lequel était contenue la formule du serment qu'il avait fait prêter, disant : « Ursus a écrit en ma faveur telle et telle chose ; je supplie donc votre gloire de donner l'ordre qu'il m'accorde sa fille en mariage ; autrement j'ai droit de me mettre en possession de ses biens, jusqu'à ce que je sois payé de seize mille sous d'or : après quoi je me désisterai de cette affaire. » Il revint donc en Auvergne muni des ordres du roi

Il résulte de ce passage que la remise des arrhes est une garantie aussi bien pour celui qui les avait données que pour celle qui les avait reçues.

Ce passage, à ce point de vue, peut servir de commentaire à cette phrase du texte de la loi des Wisigoths que j'ai citée plus haut : « Et *anulus arrarum nomine datus fuerit vel acceptus* (p. 130, note 1). »

Il y a autant d'intérêt à *donner* des arrhes qu'à en *recevoir*.

Osculum.

Dans la vie de saint Leobardus, Grégoire de Tours, ayant parlé de l'anneau nuptial, ajoute que son personnage offrit le baiser de fiançailles à celle qu'il devait épouser. Ce baiser s'appelle *osculum*.

La coutume en est avérée dans les plus anciennes tra-

et les montra au juge. ... Regardé alors comme un dignitaire, il vint en Auvergne où il se lia d'amitié avec Ursus, citoyen de la ville. Bientôt avec son caractère entreprenant, il désira épouser la fille de celui-ci, et cacha, dit-on, sa cuirasse dans le lieu où l'on a coutume de serrer les chartes. Puis il dit à la femme d'Ursus : « Je te confie tout cet or que j'ai caché dans ce secrétaire ; il y a plus de seize mille pièces qui pourront t'appartenir si tu me donnes ta fille en mariage. »

« ... Quid non mortalia pectora cogis.

Auri sacra fames ?

Cette femme crédule, ajoutant foi à ses paroles, lui promit, en l'absence de son mari, de lui donner sa fille ; alors, il alla trouver le roi, montra au juge du lieu un ordre par lequel il lui était enjoint de le marier à la jeune fille disant : « J'ai donné des arrhes pour l'épouser ». Mais le père la refusa, disant : « Je ne sais pas d'où tu es et je n'ai rien reçu de toi. »

ditions romaines. Jusqu'au règne de Constantin, l'*osculum* a surtout une signification morale et sert à indiquer les dispositions des fiancés. Mais en 336, Constantin attache une valeur légale au baiser de fiançailles. Il décide que, désormais, dans le cas de rupture de fiançailles, la *donatio ante nuptias* ne pourra plus être révoquée, mais à deux conditions expresses :

1° Si cette *donatio* émane du mari, ce qui est le cas ordinaire ;

2° Si les fiancés se sont donnés solennellement l'*osculum* (1).

Si j'insiste sur ces dispositions de Constantin qui n'appartiennent pas à notre époque, c'est parce qu'elles sont l'origine d'une signification très particulière, donnée au mot *osculum*. De même que les arrhes, l'*osculum* prend aussi un autre sens. Ces deux exemples seraient très curieux à enregistrer dans les études philologiques qui ont pour but de prouver « que les termes d'un idiome sont souvent des images qui ont perdu leur valeur symbolique et qui ont été en quelque sorte démonétisées (2) ».

Dans les textes de notre époque, le terme *osculum* apparaît avec le sens de donation. Le contre-sens s'explique, par ce fait que, ayant sous les yeux la constitution de Constantin, les légistes du bas-empire et sans doute ceux de l'époque mérovingienne, libellaient un écrit probatoire pour établir que l'*osculum*, avait été donné. Cet écrit dont

(1) Code théodosien, III, 5, loi 6.

(2) M. Paul Girard (conférences de la faculté des lettres, 1915).

l'importance était réelle, accompagnait la *donatio ante nuptias*, qu'il servait à confirmer, le cas échéant, et dont il était un accessoire très utile. On appela cet écrit *Instrumentum donationis*, puis *titulus osculi*, puis *osculum*. C'est ainsi que l'ensemble des titres de la *donatio ante nuptias* est nommé souvent *osculum* pour *donatio*. On trouve cette expression dans plusieurs *Libelli Dotis* ainsi conçus :

« Les auteurs de la loi et les anciens usages veulent que, après la remise de l'anneau nuptial, un *osculum* soit accordé. C'est ainsi que l'édicte le code Théodosien au titre *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*. Dès lors, agissant selon leur situation, tous ceux qui voudront donner ou remettre à leurs fiancées avant le jour des noces quelque chose de leurs biens propres, auront soin de confirmer cette donation par un écrit.

Donc, moi N..., fils de N..., le nom de Dieu invoqué. Puisqu'il est connu de tous que je me propose d'épouser, conformément aux lois, une femme (ou jeune fille) nommée N..., fille de N..., avec le consentement ou l'agrément de nos parents ou de nos amis, et puisque j'espère me l'associer en légitime union et mariage, avec l'aide du Christ, selon l'usage et la coutume des anciens, il m'a paru bon, et j'ai décidé, pour l'amour et la tendresse qui m'attachent à elle, de donner aujourd'hui à ma fiancée par ce titre d'*osculum*, plusieurs de mes biens et j'ai trouvé bon qu'il en fût ainsi... (1) ».

(1) Zeumer, *op. cit.*, p. 163. *Formularum Turonensium appendix*

L'usage des malédictions portées contre ceux qui ne respecteraient pas un acte commence à se faire jour ici. Dans le *libellus dotis*, n° 9, on peut lire vers la fin : « S'il se trouve quelqu'un, moi-même peut-être, ou l'un de mes héritiers, ou toute autre personne, pour entreprendre ou essayer quelque manœuvre, afin de faire tomber cet *osculum*, que ce coupable soit forcé à payer 500 livres de l'or le plus pur et que tout ce qu'il pourra alléguer pour sa défense ne lui serve à rien. »

« Signé de Borchard qui fit dresser cet *osculum* et qui pria les personnages nobles dont les noms suivent de s'engager à le faire respecter (p. 129, note 2). »

Il est certain que les fiançailles n'allaient pas sans des réjouissances extérieures et sans ces festins dont les anciens Germains étaient coutumiers, Tacite, parlant des mœurs de barbares, fait un tableau de ces réjouissances :

n° 2. Donatio in sponsa facta : « Latones legis aedicerunt et antiqua consuetudo aedocet ut prius arrarum conjugiae, postmodum osculum intercedentis, personarum qualitate concedatur, sicut in Theodosiano codice de sponsalibus et ante nuptias donationibus narrat auctoritas, ut quicumque vir in sponsam suam ante die nuptiarum de rebus suis propriis donare vel conferre voluerit, per serie scripturae hoc alligare percuret, Igitur ergo ego, in Dei nomine, ille, filius illius. Dum multorum habetur percognitum, qualiter ego aliqua femina aut puella, nomine illa, filia illius, per consensu vel voluntate parentum vel amicorum nostrorum eam legibus sponsare volo et, Christo propitio, sicut mos est et antiqua fuit consuetudo, ad legitimum matrimonium vel coniugium sociare cupio propterea placuit mihi, atque bona decrevit voluntas pro amore vel dilectione ipsius feminae, ut ante die nuptiarum per hanc titulum osculum intercedentis haec praesente aliquid de rebus meis ei condonare vel conferre deberem, quod ita et mihi placuit fecisse. »

« Puis viennent les affaires et non moins souvent les festins où ils vont armés. Il n'y a pas de honte à boire tout le jour et toute la nuit. Les rixes qui y sont fréquentes, comme il arrive entre gens pris de vin, s'y terminent rarement par des injures, presque toujours par des meurtres ou des coups. Mais les réconciliations, les alliances, le choix des chefs, la paix, la guerre se traitent d'ordinaire dans les festins, comme si en aucun moment l'esprit n'était plus ouvert aux pensées franches ou plus échauffé pour les grandes (1). »

On comprend qu'il existe au décret de Gratien un texte ainsi conçu (2) : « Il faut que les prêtres, les diacres, les sous-diacres, enfin ceux à qui il n'est pas permis de se marier, évitent les repas de noces, même chez les autres, et qu'ils ne soient point mêlés à ces réunions où l'on chante des chansons d'amour, etc... »

(1) Tacite, édition Nisard, p. 442, *Mœurs des Germains* : « XXII... Tum ad negotia nec minus saepe ad convivia, procedunt armati. Diem noctemque continuare potando nulli probrum. Crebrae, ut inter vinolentos rixae, raro conviciis, saepius caede et vulneribus transiguntur, sed et de reconciliandis in vicem inimicis, et jungendis affinitatibus, et adsciscendis principibus de pace denique ac bello, plerumque in conviviis consultant : tanquam nullo magis tempore, aut ad simplices cogitationes pateat animus, ad magnas incalescat. »

(2) *Decreti Prima pars. Distinctio XXXIV*, Innocent I, C. XIX : « Presbiteri, diacones, subdiacones vel deinceps, quibus ducendi uxores licentia non est, etiam alienarum nuptiarum evitent convivia, nec his cetibus misceantur, ubi amatoria cantatur et turpia, aut obsceni motus corporum choris et saltacionibus efferuntur, ne auditus et obtutus sacris misteriis deputatus, turpium spectaculorum atque verborum contagione polluantur. »

Augustin Thierry a traduit avec beaucoup de bonheur dans l'expression, les vers d'une latinité plutôt décadente que Fortunat lut au festin de noces de Sighebert et de Brunehilde (1).

(1) O vierge que j'admire et qu'adorera ton époux, Brunehilde plus brillante, plus radieuse que la lampe éthérée, le feu des pierres cède à l'éclat de ton visage : tu es une autre Vénus, et ta dot est l'empire de la beauté. Parmi les Néréides qui nagent dans les mers d'Hibérie, aux sources de l'Océan, aucune ne peut se dire ton égale ; aucune Nérée n'est plus belle, et les Nymphes des fleurs s'inclinent devant toi ! La blancheur du lait et le rouge le plus vif sont les couleurs de ton teint ; les lis mêlés aux roses, la pourpre tissée avec l'or n'offrent rien qui lui soit comparable, et se retirent du combat. Le saphir, le diamant, le cristal, l'émeraude et le jaspe sont vaincus : l'Espagne a mis au monde une perle nouvelle (Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, premier récit) : « Venantii Honorii Clementiani Fortunati presbyteri italici, deinde Episcopi Pretaviensis. Opera omnia, éd. Michael, Angel. Luchi, Romae, 1786, lib. VI, caput II.

SECTION II

DOTATIO

Les fiançailles comprenaient enfin un élément qui avait chez les Germains une grande importance et qui était bien né chez eux, tandis que la remise de l'anneau et le baiser de fiançailles étaient d'origine romaine. C'est la prestation des présents d'usage. Ces présents furent d'abord fournis réellement à la famille de la jeune fille. Nous avons vu un texte de Tacite qui indique quels sont ces présents presque rituels et fixés, toujours les mêmes, pour des fiancés appartenant à la même situation sociale (p. 85, note 1).

A notre époque, il n'y a plus qu'une prestation symbolique. Chez les Francs saliens, au v^e siècle, le fiancé verse à ceux qui vont devenir ses beaux-parents une valeur fixe de un sou et un denier lorsque c'est une jeune fille dont il a obtenu la main ; de trois sous et un denier lorsque c'est une veuve (p. 86, note 2).

Le *reipus* était offert dans le *mallum* en présence de trois témoins qui doivent donner leur approbation à l'acte. Si l'on a négligé ces formalités, la loi vous frappe d'une amende de 62 sous et demi.

Les envoyés de Clovis offrirent à Gondebaud, oncle de

Clotilde, « un sou et un denier ». « Clovis, déterminé par le souci de ses intérêts et par ses réflexions personnelles, envoya des ambassadeurs auprès de Gondebaud, afin de lui demander la main de sa nièce Clotilde.

Ce dernier n'osa refuser, espérant gagner l'amitié de Clovis, et promit d'accorder la jeune fille. Les envoyés offrant alors le sou et le denier, selon l'usage des Francs, la déclarèrent fiancée à Clovis (1). »

Grégoire de Tours fait le tableau du rôle qui incombait aux ambassadeurs dans une semblable mission :

« Les Burgondes avaient pour roi Gondeuch, de la race du persécuteur Anthanaric, dont nous avons parlé plus haut. Il eut quatre fils : Gondebaud, Godegisèle, Chilpéric et Gondomar. Gondebaud égorgea Chilpéric et noya la femme de son frère avec une pierre au cou ; puis il condamna ses deux filles à l'exil. Chrona, l'aînée, prit l'habit ; la plus jeune s'appelait Clotilde. Clovis envoyait souvent des députés en Bourgogne, et ceux-ci virent la jeune Clotilde. Témoins de sa beauté et de sa sagesse, et sachant qu'elle était de sang royal, ils en informèrent le roi Clovis. Celui-ci dépêcha à Gondebaud des messagers chargés de la demander en mariage. Le Burgonde, n'osant pas refu-

(1) Fredegaire, *Historia Francorum epitomata*, XVIII, dans Migne, *Patrologie*, t. 71, col. 585 : « Quod, cum Chlodoveo utilitas et consilium Chrotechildis placuisset, legatos ad Gundobadum dirigit, petens ut Chrotechildem neptem suam ei in coniugium sociandam traderet. Quod ille denegare metuens et sperans amicitiam cum Chlodoveo inire, eam se daturum spondit. Legati offerentes solidum et denarium ut mos erat Francorum, eam partibus Chlodovei spondant, placitum ad praesens petentes, ut ipsam ad conjugium traderet Chlodoveo. »

ser, remit la jeune fille entre les mains des députés, qui se hâtèrent de la mener au roi. Clovis l'ayant vue, fut transporté de joie et l'épousa.

Il avait déjà, d'une concubine, un fils nommé Thierry (1). »

Il y a un grand nombre de textes où l'on voit que c'était une coutume absolument établie de conclure les fiançailles par l'entremise des ambassadeurs. Ainsi l'atteste Fortunat parlant de la séparation de Galswinthe et de sa mère.

« Chacun s'afflige des douleurs de la reine. Les gens du peuple ont le visage mouillé de larmes. L'enfant même qui ignore ce que c'est que la vie, pousse des gémissements.

Cependant les envoyés insistent et allèguent la longueur du chemin qui mène aux pays des Germains, et les retards du voyage (2). »

Nous voyons encore les ambassadeurs figurer aux noces de Rigonthe, fille de Chilpéric.

« Cependant, vers les calendes de septembre, une grande députation de Goths vint trouver Chilpéric..... Chilpéric convoqua les principaux Francs et ses autres fidèles et célébra les noces de sa fille. Elle fut remise aux envoyés des Goths et le roi lui donna de grands trésors (3). »

(1) Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, lib. II, cap. 18, traduction Guizot.

(2) Fortunat, *Carm.*, lib. VI, éd. Leo, dans Pertz, *Auctores antiquissimi*, t. IV, p. 137, vers. 38 à 42 :

Reginae fletu plorat et omnis homo.

In populi facie lacrimarum flumina sordent ; infans, qui affectum nescit, et ipse gemit.

Instant legati germanica regna requiri.

Narrantes longae tempora tarda viae. »

(3) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, VI, 45, trad. Guizot. Voy.

De nombreuses formules nous sont parvenues qui montrent que l'usage du sou et du denier s'était perpétué dans les provinces occupées par les Francs : par exemple, la formule salique de Bignon, n° 6, est ainsi conçue :

« Le seigneur a décidé dès le commencement, et a enseigné dans l'Ancien Testament que l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera une épouse, afin qu'ils soient deux dans une seule union, et que l'homme ne doit pas séparer ce que Dieu a uni. Aussi, invoquant le nom de Dieu, moi N..., ô ma très douce épouse, puisque j'ai été fiancé à vous, par le sou et le denier, selon les prescriptions de la loi salique, c'est dans une pensée de paix que je vous donnerai dès aujourd'hui ce que je veux que vous conserviez toujours ainsi (1). »

Le sou et le denier étaient considérés comme des arrhes comme le montre une formule de P. Pithou (2).

aussi Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, IV, 20 et IV, 27 : « Le roi Sighebert, qui voyait ses frères s'allier à des épouses indignes d'eux, et prendre pour femmes, à leur grand deshonneur, jusqu'à leurs servantes, envoya des ambassadeurs en Espagne, avec beaucoup de présents, pour demander en mariage Brunchaut, fille du roi Anthanagilde. »

(1) Formules saliques de Bignon, dans Zeumer, *Formulae aevi merovingici*, p. 230 : « 6. Dum Dominus ab initio concessit in vetere testamento praecipuit ut relinquat homo patrem et matrem et adherabit sibi uxorem, ut sint duo in carne una, et quod Dominus coniungit, homo non separat, Ego enim, in Dei nomine ille, dulcissima coniuge mea illa. Dum et ego tibi per *solido et denario* (a) secundum legem salicam visus fui sponsavi, ideo in ipsa amore dulcedinis, dabo ergo tibi, a die praesente, quod in perpetuo volo esse mansurum... »

(2) Zeumer, p. 598.

(a) Cf. *Historiam francorum epitom*, cap. 18, form. sal. Merkel, 17 ; form. sal. Lind., 7. Schraeder, *Ehel. Güterrecht*, I, p. 55, n. 3 ; Sohm, *Eheschliessung*, p. 32 (Note de l'éditeur).

M. Chénon explique que chez les Francs ripuaires, le sou d'argent valait douze deniers. C'est ainsi qu'à l'époque carolingienne, le sou et le denier seront remplacés par treize deniers d'argent, somme équivalente. On donne aussi dans les classes riches, treize deniers d'or. C'est dans ce chiffre de treize pièces de monnaie de l'époque franque qu'on trouve l'origine d'un usage qui s'est perpétué jusqu'à la Révolution.

Le plus mémorable exemple en fut donné par Louis XVI, alors dauphin de France, lorsqu'il épousa Marie-Antoinette. Il prit des mains de l'archevêque de Reims treize pièces d'or, qu'il remit à sa fiancée.

*
* *

La *dos*, en réalité, fut d'abord versée à la famille de la femme. Comment finit-on par la remettre à l'épouse elle-même ? C'est un fait qui n'est pas spécial à l'évolution des coutumes germaniques, qu'on retrouve notamment dans les anciens usages grecs et dont l'*Odyssée* nous fournit des témoignages.

On a supposé que le *pretium nuptiale* remis au père était retransféré ensuite par lui, à sa fille, et qu'on finit, pour simplifier, par le verser directement à la femme. Quant au père ou au tuteur, on lui remit cette prestation purement symbolique d'un sou et un denier dont nous avons aperçu l'historique. Il y a donc un dédoublement de la dot au profit de la fiancée.

Mais, ce qu'il faut retenir, c'est qu'elle est versée par le mari. Tacite en fournit déjà un témoignage (p. 85, note 1).

La dot était établie avant le mariage, et au plus tard, au jour de sa célébration (p. 116, note 1).

Elle était constituée par les procédés en usage chez les Mérovingiens, *per festucam atque per andelangum*, le jet de la *festuca* et la remise d'un objet symbolique, par exemple un gant (1).

Elle pouvait aussi être déterminée par écrit. Ainsi la formule de Tours, appendix n° 2 (p. 135, note 1), montre que le fiancé pouvait réaliser sa donation par écrit (*per scrie scripturae*).

Des formules, dérivées du droit romain, constatent même une double opération : d'une part, la donation proprement dite ; d'autre part, la tradition. Cette seconde formule est très particulièrement rédigée (2).

« Il est connu de tous que moi N..., j'ai été fiancé légitiment avec l'assentiment de nos parents et amis à une jeune fille nommée N... et je lui ai fait donation avant mariage, d'une partie de mes biens. Aussi il m'a semblé utile de lui faire en son nom propre, tradition, ou de la mettre en possession, de ces biens selon les prescriptions de la loi romaine, et je l'ai ainsi fait. »

(1) Formules saliques de Lindenbrog. Zeumer, *op. cit.*, p. 271 : « 7. *Libellum dotis*... Idcirco, p̄r hanc cartolam, libellum dotis, sive per fistucam atque per audelangum dono tibi et donatum in perpetuo esse volo, id est in pago illo... »

(2) Voy. texte n° 15, p. 123, note 1.

Les lois de Liutprand nous apprennent comment était constitué chez les Lombards, le *morgengab*.

Le mari devra établir cette donation par un écrit confirmé par des témoins. « Cependant, le *morgengab* lui-même ne dépassera pas le quart du montant de la fortune de celui qui le constitue (1). »

La loi des Burgondes veut que le tiers de la dot consiste en parures pour la femme (p. 86, note 2).

La dot pouvait consister en argent ou en biens meubles ou immeubles (2), *accolabus, mancipis, libertis, vineis, silvis, pratis*.

La dot fut considérée comme essentielle à la formation du mariage. Tout mariage sans constitution de dot était présumé simple concubinage. Au bas-empire, il en était ainsi et Justinien donne un rôle très important à l'*instrumentum dotale* qui distingue le vrai mariage du concubinat.

Plus tard Benedictus Levita pourra écrire : « Nullum sine dote fiat coniugium nec sine publicis nuptiis quisquam nubere praesumat ».

Benedictus Levita fit passer cet adage pour un canon du

(1) Liber Papiensis Liutp. Ed. Boretius dans *Monumenta Germaniae Legum*, t. IV, p. 407 : « VII (1) Si quis Langobardus morgincap coniugi suae dare voluerit, quando sibi eam in coniugio sociaverit, ita decernimus, ut alia die ante parentes et amicos suos ostendat per scriptum a testibus robaratum, et dicat : quia ecce quod coniugi meae morgincap dedi, ut in futuro pro hac causa periurium non percurrat. Ipsum autem, morgincap nolumus, ut amplius sit nisi quarta pars de eius substantia, qui ipsum morgincap dedit. »

(2) *Ipsas villas vel res* (Form. de Marculf, Lib. II, 9, éd. Zeumer, p. 80 ; cf. De Rozières, form. 229 et ss., t. I).

concile d'Arles de 524. Et cette opinion fut communément acceptée. En réalité, le concile d'Arles n'avait pas parlé de la dot (1). Ce n'est d'ailleurs pas le seul canon que l'on ait attribué de la même manière au concile d'Arles. La mention de ces canons ajoutés au texte du concile se trouve publiée dans Mansi. On trouve la règle formulée pour la première fois dans la loi des Wisigoths (2). L'édit de Recesvind qui la promulgue est ainsi conçu :

« Qu'il n'y ait point de mariage sans dot et que la dot soit confirmée, quelle que soit sa composition.

L'honneur et la dignité se reconnaissent dans un mariage, lorsqu'il a été précédé d'une constitution de dot. Car, là où la dot n'a été ni versée ni constituée, qu'est-ce qui prouvera que les parties ont voulu conclure un mariage honorable, alors que la célébration publique ne vient pas corroborer l'union, et qu'on néglige d'y adjoindre ces formes de bienséance qu'implique la constitution de dot ? »

C'est donc un usage absolument établi à l'époque mérovingienne, de constituer une dot à sa fiancée.

(1) Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. VIII, col. 627.

(2) *Lex Wisigoth.*, lib. III, tit. II : « IX. Ne sine Dote conjugium fiat, et ut de quibus cumque rebus dos conscripta fuerit, firmitatem obtineat.

Nuptiarum opus in hoc dinoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum hoc evidenter praecesserit munus. Nam ubi dos nec data est nec conscripta, quod testimonium esse poterit, in hoc conjugio dignitatem futuram ? Quando nec conjunctionem celebratam publica roborat dignitas, nec dotalium tabularum hanc comitatur honestas. »

La dot était absolument nécessaire après un rapt. Il arrivait, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, que la jeune fille qui avait été enlevée se réconciliait avec son ravisseur. Celui-ci alors l'épousait au grand jour et il ne manquait pas de lui constituer une dot. Ceci résulte expressément d'une formule que l'on peut traduire ainsi :

« Ma très douce épouse, puisque j'ai été fiancé à vous avec l'assentiment de vos parents, mais qu'ensuite, je me suis uni à vous malgré vous et vos parents en commettant le crime de rapt,..... je dois vous faire don, par cette composition volontaire ou si l'on veut par cette cession, de tout ce que j'aurais dû vous remettre à titre de donation ou de dot, avant le mariage, si j'avais suivi les règles des fiançailles (p. 116, note 1) ».

Cette dot devient sa propriété exclusive. Ce n'était pas du tout un gain de survie. On en trouve une preuve dans les *libelli dotis*. Il y a aussi une formule de Marculf qui constitue un projet de compromis entre un père veuf et ses enfants. Ces derniers cèdent à leur père l'usufruit de la dot dont ils ont hérité de leur mère (1). Ainsi la dot faisait

(1) Formule de Marculf, lib. II, éd. Zeumer, p. 80 : « 9. Carta obnoxiationis a patre in filiis facta. Dulcissimis filiis meis ille. Omnibus non habetur incognitum, qualiter ante hos annos villas aliquas nuncupantes illas, sitas ibi, genetrix vestrae illa, antequam eam merum sociassem coniugium, per epistolam cessionis aut libellum dotis visus sum condonasse. Sed dum et ipsa, peccatis meis fatientibus, ab hac luce discessit, et vos omni alode ipsius genetrix vestrae illa, juxta quod et ratio presteit, mecum exinde in presentia bonorum hominum, aut reges altercantes, per ipsam epistolam

bien partie du patrimoine de la femme, puisque, même si elle mourait la première, c'étaient ses enfants, et non pas son mari qui étaient appelés à la recueillir. Même, à défaut d'enfants, c'étaient les collatéraux qui venaient à cette succession. C'est ainsi que Brunehaut hérita de la *dos* et du *morgenbab* de sa malheureuse sœur Galswinthe. Ceci résulte d'un passage du traité d'Andelot, rapporté par Grégoire de Tours (1).

Cependant Chilpéric décida par un édit que les époux qui n'auraient pas d'enfants seraient soumis à la règle suivante : en cas de prédécès du mari, la femme touchera la

quam in eam feceramus, contra nos evindicastis, et in vestra potestate omne alode ipsius recipistis ; sed dum mea adfuit petitio, et vos, ut condecet bonis filiis, voluntatem meam obtemperantes, ipsas villas vel res, qui fuerunt genetrice vestrae, quas ego eidem condonaveram, mihi ad usum beneficii tenere et excolere, absque ullo vestro preiudicio permisistis... »

(1) Grégoire de Tours, *Traité d'Andelot*, liv. IX, traduction Guizot : « Si elles veulent (les princesses) disposer des terres qu'elles ont reçues du fisc, de leurs revenus ou de leurs fonds et désirent les transmettre à quelqu'un, que cela demeure aussi solidement établi à perpétuité et ne soit supprimé par personne en aucun temps. Quant aux cités de Bordeaux, Limoges, Cahors, Béarn et Bigorre, que Galswinthe, sœur de la dame Brunehaut, a acquises en venant en France, tant en qualité de dot que de *morgengabe*, c'est-à-dire don du lendemain, et que par un jugement du très glorieux seigneur roi Gontran et des Francs, les rois Chilpéric et Sighebert encore vivants, la dame Brunehaut est reconnue avoir acquises, il est convenu, qu'à compter de ce jour, la dame Brunehaut recevra en propriété la cité de Cahors, avec son territoire et le peuple qu'elle renferme. Ces autres cités comprises dans le nombre de celles qui ont été énumérées ci-dessus, seront possédées par le seigneur Gontran de son vivant, et, après sa mort, retourneront sous la domination de la dame Brunehaut, et de ses héritiers pour être possédées par eux dans leur intégrité. »

moitié de la dot, l'autre moitié étant attribuée aux parents du mari. En cas de prédécès de la femme, le mari reprendra la moitié de la dot, le reste étant laissé aux héritiers de la femme : *Ad se revocet*, dit le texte. Le terme mériterait d'être remarqué, si les termes, à cette époque, n'avaient trop souvent qu'une valeur très relative (1).

Il arrive souvent que les fiançailles soient rompues, soit par consentement mutuel, soit par la volonté d'un seul, souvent pour cause de rapt ou d'infidélité de la fiancée.

L'édit de Rotharis prévoit le cas où le fiancé prétendrait être trompé par la jeune fille. Cette infidélité s'appelle adultère, quoique le mariage n'ait pas eu lieu.

La fiancée est condamnée aux pénalités portées contre l'adultère (2). De plus, le fiancé se fait restituer les choses qu'il a données en vue du mariage.

Bien entendu, il faut que les dires du fiancé soient fon-

(1) *Chilperici Edictum*, an. 561-84, Boretius, p. 8 : « 5. Idemque convenit ut quicumque uxorem acceperit et infantes inter se non habuerint, vir uxorem suam superstitem mortuus fuerit, tunc illa mulier dimediam dotem accipiat, et dimediam parentis defuncti marito ad se recolligant ; et si mulier sub tali conditione mortua fuerit, media maritus simili modo ad se revocet et mediaetatem parentibus ipsius muliere ad se recolligant (a). »

(2) *Edictus Rothari*, Ed. Bluhme dans *Monumenta Germaniae*, t. IV, p. 45 : « 150. Si quis puellam an viduam alterius sponsatam, illa tamen consentiente, tulerit uxorem, componat parentibus mulieris, vel ad quem mundius de ea pertenuerit anagrip solidos viginti, et propter faida aliüs viginti, et mundium eius, qualiter steterit, faciat. Spunsum autem cuius spunsatam fuit, omnia quae in meta dictum fuit, quando eam sponsavit, in dublum ei componatur ab illo,

(a) Cf. Cap, *ad. leg. sal.*, add. I, 7.

dés et que les parents de la jeune fille n'aient pas réussi à faire la preuve de son innocence.

Le même édit de Rotharis prévoit le cas où un homme épouse une femme déjà fiancée à quelque autre. Le fiancé indemniserá d'abord les parents de la jeune fille dont l'avis a été méprisé : il leur versera 40 solides. Quant à l'ancien fiancé, tous les avantages qui avaient été convenus lorsqu'il avait célébré ses fiançailles lui seront donnés au double à titre de composition, par celui qui lui aura ravi sa fiancée. Ce sera tout ce qu'il pourra obtenir.

La loi salique suppose que le fiancé s'est retiré. Le paragraphe 46 fixe l'amende payable en ce cas, à 62 sous et demi (1).

La rupture des fiançailles devait engendrer primitivement des guerres privées. Il y a de cet usage une trace dans l'édit de Rotharis que je viens de citer. Le personnage qui cause la rupture des fiançailles et supprime l'ancien fiancé, doit payer 20 solides à la famille de la jeune fille *propter faidam* pour conjurer la vengeance privée.

qui ei de spunsata sua turpe fecit ; et postea spunsus, post acceptam dubli compositionis poena sit sibi contemptus, et amplius ex hac causa adversus fediussoris calomnia non requiratur.

(1) *Lex salica*. Ed. Behrend, 1897, p. 163.

Extravagantia. A. Ex. Codd. 3. H. E. 1. De eo qui filiam alienam sponsaverit et se retraxerit — « Si quis filium alienam sponsaverit et se retraxerit et eam noluerit prindere. Malb. frifastina solidos LXII et semissem culpabilis judicetur. »

SECTION III

TRADITIO

Cérémonie publique du mariage.

Nous avons ainsi déterminé certains traits de la *desponsatio* et de la *dotatio*.

Il nous reste à parler de la *traditio puellae*. Le mariage comprend en effet cette célébration qui est soumise à certaines règles spéciales. Ainsi, le fiancé, même agréé par les parents, est puni comme ravisseur et encourt la peine de mort, s'il emmène la jeune fille avant la célébration officielle du mariage.

Nous avons déjà rencontré cette formule (p. 116, note 1).

Le mariage sera public. Le texte le plus décisif à cet égard, est un chapitre du capitulaire de Vernes en 755, qui est ainsi conçu :

« Que tous célèbrent publiquement leurs noces, qu'ils soient nobles, ou qu'ils ne le soient pas (1). »

Tandis que les cérémonies de fiançailles revêtent généralement un caractère plus intime et plus familial, celles du mariage sont accompagnées d'une publicité plus étendue. Il y a deux cérémonies principales, la bénédiction nuptiale et la remise de la jeune fille à son mari.

(1) *Cap. de Vernes*, a. 755. Boretius, *Cap.* t. I, p. 36 : « XV. Ut omnes homines laici publicas nuptias faciant, tam nobiles quam innobiles. »

La bénédiction nuptiale a remplacé, à l'époque mérovingienne, les cérémonies païennes célébrées en l'honneur d'Odin et de Fregga, dont les Germains entouraient les mariages. Elle est la manifestation du sentiment religieux, qui, dans toutes les civilisations dignes de ce nom, accompagne les solennités graves.

La bénédiction nuptiale avait pour but d'appeler les faveurs divines sur les époux, et aussi elle n'était pas sans utilité, au point de vue de la publicité des mariages. Ceux dont l'union était désapprouvée par l'Eglise, ceux qui venaient de commettre un rapt, ceux qui étaient déjà mariés, ceux qui avaient prononcé des vœux religieux, ou qu'une parenté ou une alliance trop voisine rattachait à leur fiancée ou à sa famille, en un mot, tous ceux qui étaient sous la menace d'un obstacle prohibitif ou dirimant, ne pouvaient obtenir la bénédiction nuptiale. Cette cérémonie servait donc à faire respecter les prohibitions et les empêchements imposés par l'Eglise.

Cependant, un mariage contracté sans la bénédiction nuptiale était valable. Ni l'Eglise, ni l'Etat ne trouvaient nécessaire de l'annuler. Le lien de mariage est créé par le consentement mutuel des époux, dont on dira plus tard qu'ils sont les ministres du sacrement. Ceci devient évident, quand on considère que les personnes qui se mariaient en secondes noces n'étaient pas admises à recevoir la bénédiction nuptiale. Elles n'en étaient pas moins valablement mariées. Cependant, pour celles qui étaient appelées à recevoir la bénédiction nuptiale, il y avait certaine-

ment une faute, entraînant des sanctions ecclésiastiques, à la négliger.

Dès les premiers temps de l'Eglise, puis au temps de Tertullien, enfin à l'époque où vit Isidore de Séville, cette cérémonie est en usage.

Benoît le lévite fait un récit des formalités que le prêtre doit accomplir à l'occasion d'un mariage. Il est vrai qu'il parle pour son temps. Mais, vraisemblablement, ces usages remontent plus haut et l'on peut, sans risque, les attribuer à l'époque mérovingienne.

« Afin que nul ne contracte un mariage clandestin ou ne commette un rapt, ou n'épouse celle qui aurait été la femme d'un de ses proches, mais que celui qui veut se marier prenne une femme dotée et conduite par ses parents, en observant le rite de la bénédiction nuptiale... »

Mais le prêtre doit se rendre d'abord dans la paroisse où les noces doivent avoir lieu, dans l'église, en présence du peuple. Et là, il doit faire une enquête au milieu du populaire. Il doit demander si la femme est la proche parente du fiancé ou non, si elle n'est point l'épouse de quelque autre ou coupable d'adultère. Et si toutes choses sont reconnues licites et honnêtes, alors, le fiancé, avec l'assentiment et la bénédiction ecclésiastique, et muni de l'approbation des autres personnes respectables, doit doter conformément à la loi et épouser la jeune fille (1).

(1) *Benedicti Capitularium collectio*, lib. III, § 179. Dans Migne, *Patrol. lat.*, t. 97, col. 820 : « Ut nullus occultas nuptias aut raptum faciat vel quam propinquus suus habuit ducat uxorem sed dotatam,

Le pape Innocent I^{er}, 402-417, dans une lettre à Victrice, évêque de Rouen, en fait mention en ces termes : *Benedictio quae per sacerdotem nubentibus imponitur* (1).

Des auteurs de talent comme Cantu (2) ou Wandenkindere (3) ont donné des descriptions très suggestives des fêtes nuptiales de l'époque mérovingienne.

Mais, pour m'en tenir à des documents certains, je ferai appel encore une fois à l'étude de M. Chénon sur les rites nuptiaux.

Je dois signaler le rite de la jonction des mains, celui du poile ou voile et la *benedictio lecti* ou *thalami*.

La jonction des mains est un geste spontané qui remonte, comme usage, à la plus haute antiquité.

En Judée, à Athènes, à Rome, ce rite forme un des épisodes essentiels du mariage. N'ayant rien de contraire au christianisme, cet usage est conservé par les premiers

et a parentibus traditam, per benedictionem sacerdotum accipiat, qui vult nubere uxorem.

« ...Sed prius conveniendus est sacerdos in cujus parocchia nuptiae fieri debent, in ecclesia coram populo. Et ibi inquirere una cum populo ipse sacerdos debet, si eius propinqua sit an non, aut alterius uxor vel sponsa vel adultera. Et si licita et honesta omnia pariter invenerit tunc, per consilium et benedictionem sacerdotis et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet.

« Sed postquam ista omnia probata fuerint et nihil impederit, tunc si virgo fuerit, cum benedictione sacerdotis sicut, in sacramentario continetur et cum consilio multorum bonorum hominum publice et non occulte ducenda est uxor. »

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 344.

(2) Cantu, *Histoire universelle*, VII, p. 379 et suiv.

(3) Wandenkindere, *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, 1888, p. 872.

chrétiens. Mais il n'est ni obligatoire, ni indispensable.

Saint Augustin, dans un texte que j'ai expliqué à propos du consentement, enseigne que la validité du mariage ne dépend pas des circonstances extérieures *etsi non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere* (p. 80, note 1).

A notre époque, on ne peut décider si la jonction des mains était un rite commun aux fiançailles et au mariage ou bien particulier à l'une de ces cérémonies seulement.

La cérémonie du mariage a lieu « devant la porte de l'église dans laquelle les fiancés n'entreront que mariés. Ils se tiennent debout attendant le prêtre qui se présente, en aube avec l'étole et le manipule ». Dans le même sens, un pontifical du xii^e siècle, conservé à Lyre, diocèse d'Evreux, contient ce renseignement : « Ante omnia, veniant ad januas ecclesiae sub testimonio plurimorum, qui thoro maritali jungendi sunt (1). »

Il est probable que la remise de l'anneau nuptial n'est pas encore un rite du mariage.

C'est encore seulement un rite des fiançailles. A notre époque n'existe pas encore cette espèce de confusion qui s'introduira plus tard entre les formes extérieures des fiançailles et celles du mariage. L'anneau reste donc caractéristique des fiançailles.

Pendant que s'achève le sacrifice de la messe, après le *Pater*, « deux des assistants étendent au-dessus des nouveaux mariés un voile blanc qu'on appelait autrefois *velamen*, *flammeum nuptiale*, *pallium*, paile, poile ou drap ».

(1) Voy. Chénon, *Quelques rites nuptiaux*, p. 29.

Cette cérémonie était en usage à Rome. La *velatio* des époux était alors le principal rite de la bénédiction.

Plus tard, en 866, le pape Nicolas I, dans sa réponse aux Bulgares, explique que les fiancés, lorsque le jour du mariage est arrivé, reçoivent « la bénédiction et le voile céleste ». Ainsi tout laisse à penser, qu'à notre époque, intermédiaire entre les deux périodes dont je viens de parler, le rite du voile était en honneur.

Le voile était-il une survivance de l'ancien *flammeum nuptiale*, voile rouge et très long que portaient les fiancées romaines ?

Ou bien, était-il simplement un symbole de la pureté, *signum pudoris*, dont les allocutions rituelles rappelaient éloquemment les préceptes ?

La bénédiction du lit nuptial est en honneur à Rome où il est d'usage d'accompagner les nouveaux mariés, jusqu'à leur demeure et jusqu'à leur lit. « Dans l'*atrium* en face de la porte, la *pronuba* avait préparé un lit, le *lectus* ou *torus genialis*, ou *adversus*, sur lequel les deux époux prenaient place. On aspergeait alors la nouvelle mariée avec l'eau apportée dans l'aquale; après quoi, elle priait les dieux de sa nouvelle maison de bénir son union. » Chez les chrétiens d'origine grecque ou romaine, l'usage de la *deductio* se perpétua. « Il y a un texte qui en parle dans la loi salique. La loi suppose qu'une femme est attaquée et surprise en route, au moment où on la conduit solennellement à la demeure de son mari (p. 110, note 1). L'amende qui frappe le coupable s'élève à deux cents solides.

Dans l'histoire des deux amants que j'ai citée à un autre chapitre, Grégoire de Tours nous montre les époux accompagnés à leur demeure (p. 99). Dans ce passage, il y a aussi une allusion évidente au rite de la jonction des mains. Armé du signe de la croix, il répondit seulement : « Je ferai selon tes conseils. Et joignant leurs mains droites, ils s'endormirent. »

Bien entendu, dans les usages des peuples chrétiens, la cérémonie perdit ce qu'elle avait de païen. Le prêtre fut appelé à bénir les époux et leur maison. « De là cette *benedictio lecti* ou *thalami* pour laquelle on trouve une formule dans le sacramentel de Bobbio et qui fut usitée pendant tout le moyen âge, en France, en Allemagne et en Angleterre. »

CHAPITRE V

LES EMPÊCHEMENTS DU V^e AU VIII^e SIÈCLE

Les empêchements sont des obstacles qui s'opposent à un mariage légitime. On les divise aujourd'hui en empêchements prohibitifs et empêchements dirimants. Les premiers sont une défense, une interdiction posées par la loi en vertu desquelles le mariage n'est pas permis et constitue une infraction, une faute. Les autres sont également des dispositions qui s'opposent à un mariage, mais qui, à la différence des empêchements simplement prohibitifs, font obstacle à sa conclusion même et à sa validité.

Toute cause de nullité est un empêchement dirimant. Quand la loi édicte que, en présence de tel ou tel fait, par exemple, d'un lien de parenté, un mariage sera nul, on dit que la parenté entre époux constitue un empêchement dirimant.

On a dit que le terme d'empêchements n'était pas encore trouvé au temps d'Hincmar de Reims, et l'on a cité un texte de cet auteur ainsi conçu : « videlicet, si cognatio, aut habitus religionis, vel impudicitia pessimi criminis, sive aliquid hujusmodi non *obstiterit* (1). » Mais Benedictus Levita, dans un texte que je viens de citer, emploie le

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 203, note 1.

mot *empêcher* à une époque antérieure et plus voisine de celle que nous étudions (1).

A l'époque mérovingienne, cette classification n'existe pas. Elle n'est pas faite. Des auteurs ne l'ont point écrite. Il y a des défenses édictées par des lois variées, civiles ou ecclésiastiques. Il y a des prohibitions. On interdit à telles et à telles personnes de se marier entre elles. Au premier abord, on pourrait en conclure que tous les empêchements sont simplement prohibitifs.

Mais il faut remarquer quelles sont les sanctions de ces prohibitions. Ces sanctions sont souvent la séparation des époux avec le droit de contracter une nouvelle union, c'est-à-dire la nullité du mariage.

La prohibition est basée sur des faits graves. Le mariage, toléré, conclu, prolongé dans de telles conditions, serait scandaleux, immoral. Y a-t-il plus d'avantages à le maintenir qu'à l'annuler. Le sacrement, chose sainte et infiniment digne, a-t-il pu être conféré valablement dans de telles circonstances. Selon la réponse que le législateur fait à ces questions, la sanction de son interdit est la séparation, ou une autre pénalité. Si c'est la séparation, on peut dire que l'empêchement est dirimant.

Nous pourrions donc conclure que les empêchements dirimants, à notre époque, sont des prohibitions dont la sanction est la séparation des époux, séparation qui implique la liberté de conclure une autre union.

(1) P. 153, n. 1.

Cette séparation, ordonnée par la loi ecclésiastique et par le juge ecclésiastique, sera-t-elle obligatoire aux yeux de la loi civile. Oui, sans doute, selon la thèse que nous avons adoptée, puisque nous admettons qu'à l'époque mérovingienne, le pouvoir séculier se confond avec le pouvoir ecclésiastique en ce qui concerne la réglementation du lien de mariage.

Dès lors les empêchements dirimants sont bien réellement des causes de nullité des mariages et il y a lieu de les retenir et de les distinguer, même pour notre époque, des empêchements prohibitifs.

Je vais examiner un certain nombre de textes qui montreront quels sont les empêchements les plus importants de l'époque que nous étudions.

L'Eglise s'est toujours préoccupée de la question des empêchements. A notre époque, son action se manifeste de deux manières : d'un côté, elle tend à supprimer les empêchements anciens qui étaient en contradiction avec sa doctrine. D'autre part, elle établit ou étend des empêchements qui sont nécessités par l'application des conceptions chrétiennes du mariage.

SECTION I

DIFFÉRENCES DE CLASSES. — ESCLAVAGE

Le droit romain et les usages germaniques s'accordaient sur ce point, que les mariages étaient prohibés entre personnes de castes différentes. Même dans son dernier développement, le droit romain n'admet pas le mariage entre certaines personnes déterminées. Quand on appartient à l'ordre sénatorial notamment, on ne peut contracter un mariage légitime avec des personnes appartenant à des professions honteuses. Cette législation avait son origine dans les coutumes premières de la cité antique. Le mariage y fut interdit entre patriciens et plébéiens jusqu'à une loi Canuleia de 309, entre ingénus et affranchis jusqu'à une loi d'Auguste en 756.

Des prohibitions analogues sont en usage chez les Germains. Les peines les plus rigoureuses punissent les alliances entre personnes de rangs différents.

A l'époque médiévale, on constate que tous ces empêchements ont disparu. Il n'y a plus qu'un mariage qui est un sacrement et comme tel, ouvert et accessible à tous. Dans le décret de Gratien, nous trouvons formulée cette notion chrétienne du mariage qui s'exprime en termes généraux : « Voici l'enseignement que l'apôtre donne à

tous sans distinction : « Celui qui *veut* se marier, qu'il se marie dans le Seigneur. Et de même : Que la femme se marie à qui elle *voudra* ; du moment que ce sera dans le Seigneur. Il n'est pas dit que l'ingénue doive épouser un ingénu, ni l'esclave, un esclave. Mais que tout homme épouse celle qu'il aura librement choisie, du moment qu'il le fait dans le Seigneur (1). »

Cette prédominance du consentement, personnel et irrévocable, a fait échapper la femme aux influences qui entravaient sa liberté. Elle a effacé les empêchements qui résultaient des différences des différences de castes. Mais, à notre époque, le plus remarquable de ces progrès a été la validité du mariage des esclaves.

Il y avait, dans les législations antiques, un abus notoire : les esclaves n'avaient point de famille. Il n'existait pour eux ni mariage, ni parenté légitime ou même naturelle. Les esclaves étaient simplement les *mancipia*, c'est-à-dire des choses, choses romaines assimilées aux animaux les plus utiles, *quæ collo dorsove domantur*.

C'est surtout parce que les esclaves n'ont pas de famille que leur sort est misérable. En effet, le fait d'être un isolé, l'absence de situation fixe, l'abandon, et, par suite, la misère morale de ceux qui n'ont pas de famille, sont les conséquences inévitables de l'esclavage antique.

(1) *Gratianus*, C. XXIX, q. II, pars I : « Indifferenter enim ab Apostolo dicitur omnibus : qui vult nubere nubat in Domino. Et item : Mulier nubat cui vult ; tantum in Domino. Non precipitur ut ingenua nubat ingenuo, ancilla servo ; sed quelibet nubat earum cui vult, dummodo in Domino.

L'Eglise ne pourra faire disparaître immédiatement l'esclavage. Malgré son influence modératrice, l'institution subsistera longtemps encore, atténuée sans doute dans sa rigueur et aussi dans son étendue, notamment par de nombreux affranchissements volontaires ou testamentaires, attestés par l'abrogation des lois restrictives du pouvoir des maîtres en matière d'affranchissements.

Mais c'est seulement lorsque l'esclave aura une famille qu'il sera une personne dans la société et là, l'influence de l'Eglise sera décisive. En beaucoup de matières, cette influence corrige ainsi les errements du paganisme, beaucoup moins par des lois que par la pratique.

L'Eglise ne décrète pas : il n'y aura plus d'esclaves, mais elle dit : les esclaves vivront comme des hommes libres pour les actes les plus importants. En vivant en hommes, ils deviennent des personnes. Peu importe que les lois les appellent encore esclaves. Peu à peu, ils perdront ce nom quand ils n'en auront plus ni le caractère, ni l'immoralité, ni la misère.

L'Eglise, suivant le principe de l'égalité des chrétiens *devant la loi de Dieu*, voulut de bonne heure que les esclaves pussent, eux aussi, participer au sacrement de mariage, et c'est ainsi que, dès le ⁱⁱⁱe siècle, Calixte I enseigne que l'union des esclaves est un vrai mariage.

Ce qui subsiste de l'ancien pouvoir du maître, c'est le droit de consentir à une telle union. Le consentement du maître est nécessaire à sa validité. Il n'y a pas de mariage sérieux sans le consentement du maître. C'est ainsi

que le 4^e concile d'Orléans, en 541, s'exprime en ces termes :

« Les esclaves qui se réfugieront dans les églises, croyant pouvoir ainsi contracter mariage, n'en auront nullement le droit..... A ce sujet, nous décrétons qu'ils seront rendus à leurs parents ou à leurs maîtres, selon le cas, à condition que ceux-ci s'engagent à leur pardonner, en échange d'une promesse de séparation. Toutefois, les parents ou le maître auront le droit, s'ils le jugent à propos, de marier ces esclaves, avec leur consentement personnel (1). »

Pour entendre ce texte, il faut supposer que des esclaves avaient voulu s'unir en mariage sans le consentement de leur maître. L'un d'eux seulement était esclave, peut-être, puisqu'il est question des « parents » à côté du « maître ». Poursuivis par ceux auxquels ils sont soumis, les prétendus époux se réfugient à l'église. Nous avons déjà vu à propos du rapt, des textes qui montrent les coupables se réfugiant au pied des autels : les églises étaient des asiles. Mais le concile décide que l'Eglise ne leur doit pas sa protection d'une façon absolue. On se contentera de faire promettre au maître qu'il ne leur sera fait aucun mal. Moyennant cet engagement, l'Eglise remet les esclaves à leurs maîtres respectifs. Mais elle spécifie que cet espèce d'enlèvement ne constitue pas un obstacle à un mariage ultérieur valable. Il suffira que les maîtres y donnent leur consentement.

(1) A. 541, Concile d'Orléans, Canon XXIV. Maassen, *op. cit.*, t. I, p. 92.

Il arrivait que les maîtres, après avoir promis de pardonner, sévissaient cruellement contre leurs esclaves, Grégoire de Tours rapporte les traits de barbarie exercés par Rauching, homme fruste et rigoureux qui, ayant promis que ses esclaves seraient toujours unis, les fait mourir tous deux ensemble (1).

Ainsi à l'époque mérovingienne, le mariage des esclaves est valable, mais à condition que les maîtres donnent leur assentiment. Un dernier progrès reste à faire. Il ne faut pas que les maîtres puissent retirer le consentement une fois donné. C'est ce que décidera le concile de Châlons en 813 (2).

Si l'on rapproche cette notion d'un mariage valable pour les esclaves, de l'obligation pour les maîtres de respecter leur pécule, et de leur faciliter la constitution d'une sorte de patrimoine, on voit que la situation des serfs ressemble très peu à celle des *servi* et des *ancillae* de la famille antique. Il y a là les bases d'un véritable statut de liberté.

*
* *

Nous devons maintenant étudier spécialement la situa-

(1) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, V, 3.

(2) Concile de Châlons, an. 813, cap. 30 ; Friedberg, *Corpus juris canonici*, C. VIII, C. XXIX, q. II : « Dictum est nobis quod quidam legitima servorum matrimonia a potestativa quadam presumptione dirimant, non attendentes illud evangelii. « Quod Deus conjunxit, homo non separet. » Unde nobis visum est ut conjugia servorum non dirimantur, et si diversos dominos habeant, sed in uno coniugio permanentes, dominis serviant suis. Et hoc in illis observandum est, ubi legalis conjunctio fuit, et per voluntatem domino-
rum. »

tion suivante : le mariage d'un esclave et d'une personne libre. Le textes prouvent qu'il faut à ce sujet faire une distinction bien nette. Ou bien la personne libre savait que son conjoint était esclave, ou bien elle ignorait sa condition.

Pour que l'union fût valable, il fallait que la personne libre eût connu la situation du conjoint esclave avant le mariage, qu'il n'y eût aucune erreur dans son esprit sur cette position. Sinon, le mariage était nul. C'est l'empêchement de *conditio*, l'*error conditionis*, c'est en réalité un vice du consentement.

Dans toutes les législations, il y a nullité lorsque l'un des conjoints a été induit en erreur sur la personne même qu'il épouse. C'est le motif pour lequel on exige, dans la cérémonie du mariage, la présence effective des époux et c'est pourquoi l'on s'est refusé jusqu'à présent, à admettre les mariages par procuration. Il peut y avoir ou on peut alléguer qu'il y a eu substitution de personnes, subterfuge et en un mot, erreur sur la personne.

Ici, la condition d'esclave n'est en réalité qu'une *qualité* de la personne. Cependant à l'époque mérovingienne, cette contingence était tellement grave, qu'on pouvait appliquer l'adage *Fraus omnia corrumpit*. Il y avait tant de distance entre l'esclave et le maître, qu'on devait considérer comme incertain et provisoire le consentement donné, sous l'influence d'une telle erreur. Le mariage était annulé. Le synode de Compiègne pose la règle en ces termes : « Si un homme Franc a pris une femme en croyant

qu'elle était libre, mais s'il vient à découvrir qu'elle ne l'est pas, il pourra la renvoyer et en épouser une autre. La loi est la même pour les femmes (1). »

Non seulement, c'est le vice du consentement, l'erreur qui explique cette solution, mais c'est aussi une ancienne tradition qui remonte aux premiers siècles de notre ère. On trouvait « qu'il ne pouvait y avoir de mariage légitime entre un esclave et une personne libre » (2).

L'esclavage, même sans la survenance d'aucune erreur, était un empêchement dirimant. Au VII^e siècle, la loi des Wisigoths prohibait encore ce genre d'unions. « Dès que le juge aura connaissance de ce fait, il devra, sans délai, se hâter de séparer les conjoints (3) ».

Le synode de Compiègne marque donc un progrès en édictant cette séparation, pour le cas seulement où l'un des conjoints a été induit en erreur.

Cette interprétation s'impose lorsqu'on examine les autres textes des décrets de Compiègne et de Verberie.

Ainsi le chapitre VIII du décret de Compiègne pose la règle suivante : « Si une femme libre épouse un esclave, sachant qu'il est esclave, elle devra le conserver pendant

(1) *Synode de Compiègne*, an. 757, C. VII ; Boretius, cap. t. 1, p. 38. « Si Francus homo acceperit mulierem et sperat quod ingenua sit, et postea invenit quod non est ingenua, dimittat eam et accipiat aliam. Similiter et femina ingenua. »

(2) D'ailleurs le conjoint d'un esclave devient esclave au début de l'époque mérovingienne.

(3) *Lex Wisig.*, III, 2, 3 et 4. Zeumer, *op. cit.* Notamment : III « Statim ubi primum hoc judex agnoverit, eos ad separandum festinare non differat. »

toute sa vie. Il n'y a qu'une loi pour les hommes et pour les femmes (1). »

De même le décret de Verberie met en lumière la valeur du consentement donné librement à ces unions :

« Celui qui sait que son épouse est une esclave et qui l'a prise pour femme de son plein gré, devra toujours, à l'avenir, persister dans cette union (2). »

Le capitulaire de Verberie note encore le cas du serf qui a eu pour concubine sa propre esclave. Il y avait donc des serfs qui avaient eux-mêmes d'autres personnes sous leur dépendance. Cet homme aura le droit de renvoyer cette concubine et d'épouser une esclave du même rang que lui-même (*comparem suam*). Mais il fera mieux de persévérer dans sa première union (3).

Ainsi, au VIII^e siècle, il est prouvé que l'union volontaire d'un esclave et d'une personne libre est non seulement licite, mais indissoluble. L'erreur sur la condition, ou bien le fait de n'avoir connu l'esclave, qu'à titre de concubine, sont les seules causes de nullité qui puissent entacher ces unions.

(1) *Décret de Compiègne*, a. 757 ; Boretius, cap. t. I, p. 38 : « 8. Si femina ingenua accepit servum et sciebat tunc quod servus erat, habeat interim quo vivit. Una lex est de viris et feminis. »

(2) *Concile et décret de Verberie*, 768 ; Boretius, cap. I, p. 41 : « 13. Qui scit uxorem suam ancillam esse, et accepit eam voluntarie, semper postea permaneat cum ea. »

(3) *Capitulaire de Verberie*, a. 568 ; Boretius, p. 40 : « 7. Si servus suam ancillam concubinam habuerit, si ita placet, potest, illa dimissa, comparem suam, concubinam domini sui, accipere ; sed melius est suam ancillam tenere. »

Il existe, à la vérité, des causes de rupture assez nombreuses qui permettent de dissoudre le lien de mariage d'un esclave. Nous avons étudié cette question à propos de la règle de l'indissolubilité du mariage. Je n'y reviendrai pas (1).

(1) Ch. III, p. 49 et s.

SECTION II

LES EMPÊCHEMENTS DE PARENTÉ OU D'ALLIANCE

Si l'Eglise a supprimé des empêchements anciens, elle en a créé de nouveaux. Elle en a étendu surtout de très importants qui sont de nature à intervenir fréquemment. Ce sont les empêchements de parenté.

Comme nous l'avons vu, la parenté constituait déjà à Rome un empêchement, ou plutôt l'absence de parenté était une des conditions nécessaires des justes noces. Mais cette parenté devait être fort rapprochée.

Le mariage n'était défendu qu'entre parents en ligne directe ou entre parents au troisième degré, ou encore entre grands oncles et petites nièces. Un sénatus-consulte, rendu sous le règne de Claude, permit à ce prince d'épouser sa nièce Agrippine, fille de son frère. Tacite raconte dans quelles circonstances cette décision fut prise par le Sénat (1).

(1) Tacite, *Annales*, liv. XII, ch. 7 : « Nec Claudius ultra expectato obvium apud forum praebebat se gratantibus, senatumque ingressus, decretum postulat quo justae inter patruos fratrumque filias nuptiae etiam in posterum statuerentur. »

Trad Nisard, p. 163 : « Et Claude, sans plus différer, vient au forum recevoir des félicitations qui l'attendaient ; puis, entrant au sénat, il demande un décret qui à l'avenir, autorise les mariages des nièces avec leurs oncles paternels. »

Il est impossible de nier que les Germains avaient une tendance très réelle et très marquée vers des alliances entre parents. Ceci, à défaut des preuves qu'on en trouve dans les récits des historiens, résulterait de l'ensemble de la législation canonique et civile, plus sévère sur ce point que sur tout autre et dont les prescriptions réitérées figurent dans presque tous les monuments législatifs. On ne s'expliquerait pas cette répression s'il n'y avait pas eu originairement des abus.

Parmi les nombreux conciles qui ont statué sur cette question, je citerai le concile d'Agde de 506, le concile d'Epaon de 517, le concile de Paris de 614 et le concile de Rome de 721.

Pour bien comprendre ces textes, il faut se rendre compte du sens que le latin de cette époque attache au terme *incestus*.

La définition en est très exactement donnée par un texte de Jonas d'Orléans qui est ainsi conçu : « Toute espèce de relations défendues s'appelle inceste : à plus forte raison l'on doit considérer comme inceste un commerce entre proches parents ou avec des personnes consacrées à Dieu. Car ceux qui s'unissent à des personnes consacrées à Dieu ou à des parents du même sang sont dits incestueux, c'est-à-dire dépourvus de chasteté (1). »

(1) Jonæ, *Aurelianensis Episcopi* ; Migne, *Patrol.*, t. CVI, p. 184 : « Cap. VIII De Incestis. Cum omnis illicitus concubitus incestus sit, multo magis concubitus eum propinquis Deoque dicatis feminis, habetur incestus : qui enim vel cum virginibus deo sacratis, vel sanguine propinquis misceantur, incesti, id est incasti judicantur. »

Le sens du terme inceste était donc très large et s'étendait aussi bien à l'époux adultère qu'au religieux qui manquait à ses engagements.

Le canon 61 du concile d'Agde donne la liste de ceux entre lesquels les unions sont défendues : entre beau-frère et belle-sœur, entre beau-fils et belle-mère, entre cousins germains, entre neveu et veuve ou fille d'un oncle maternel, fille ou belle fille d'un oncle paternel, ou entre toutes personnes du même sang, ou devenues parentes par leur mariage (1).

Le canon 30 du concile d'Epaon donne la même énumération (2).

(1) *Concile d'Agde*, 506 ; Mansi, *op. cit.*, t. IX, col. 335. Can. 61 : « De incestis conjunctionibus nihil prorsus veniae reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint. Incestos vero nullo conjugii nomine deputandos, quos etiam designare funestum est hos esse censemus. Si quis relictam fratris quae paene prius soror extiterat, carnali conjunctione polluerit ; si quis frater germanam uxoris acceperit si quis novercam duxerit : si quis consobrinae se sociaverit : si quis relictæ vel filiae avinsculi misceatur aut patrui filiae vel privignae suae : aut qui ex propria consanguinitate aliquam, aut quam consanguinem habuit, concubitu polluerit aut duxerit uxorem. »

(2) *Concilium Epaonense*, a. 517, Can. XXX ; Maassen, *Concilia*, t. I, p. 26 ; « XXX. Incestis coniunctionibus nihil prorsus veniae reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint. Incestus vero nec ullo conjugii nomine praevelandus praeter illos, quos vel nominare funestum est, hos esse censemus : si quis relictam fratris quae paene prius soror exteterat, carnali coniunctione violaverit ; si quis frater germanam uxoris suae accipiat ; si quis novercam duxerit ; si quis consubrinae subrinae quae se societ. Quod ut a presenti tempore prohebemus, ita ea, quae sunt antea instituta, non solvemus : si quis relictæ avunculi misceatur aut patrui vel privignae concubito polluat. Sane quibus conjunctio illicita interdicitur, habebunt ineundi melioris coniugii libertatem. »

Le canon 16 du concile de Paris, le canon 12 du concile de Clermont, insistent sur ces empêchements de parenté ou d'alliance et en prononcent les sanctions (1).

Le concile de Rome, en 721, se prononce dans une formule extrêmement générale disant : « Si quelqu'un épouse une personne de sa propre parenté (par le sang) ou qu'un parent (du même sang) a eue pour femme, qu'il soit anathème. Et tous répondirent pour la troisième fois : « qu'il soit anathème (2). »

En présence de ces formules si générales, la question se posait de savoir jusqu'où allait la parenté. Jusqu'à quel degré devait-on être considéré comme parent.

Pour établir ces notions, on peut s'en référer aux textes relatifs aux successions.

(1) *Concilium Parisiense*, 614, Can. XVI ; Maassen, *op. cit.*, p. 190 : « XVI. Incestas vero coniunctiones ab omni christianorum populo censuimus specialiter resecari, ita ut, si quis relictæ fratris, sorore uxoris, privigna, consubrina vel relictæ idem patruï atque avunculi vel in religionis habitu dedita coniugii crediderit consortio violanda, tamdiu a communionis gratia segregetur, quamdiu ab inlicitis coniunctionibus sequestratione manifestissima debeat abstinere. »

Concile de Clermont, an. 535 ; Mansi, *op. cit.*, t. IX, p. 861, Can. XII : « Si quis relictam fratris, sororem uxoris, privignam, consobrinam, sobrinamve vel relictam patruï atque avunculi, carnalis contagii crediderit consortio violandam, et ausu sacrilegio auctoritatem divinæ legis, ac jura naturæ perruperit, et cui caritatis ac pii affectus solatia exhibere debuerat, suorum hostis ac pudicitiae expugnator, vim inferre tentaverit, apostolicæ constitutionis sententia feriatur : et quamdiu in tanto versatur scelere, a christiano coetu atque convivio, sumulque ecclesiæ matris communione privabitur. »

(2) Concile de Rome, 721 ; Mansi, *op. cit.*, t. XII, col. 263, canon IX : « Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit. Et responderunt omnes tertio : Anathema sit. »

Ainsi, les Lombards décident que la parenté sera comptée jusqu'au septième degré (1). Les ripuaires la reconnaissent jusqu'au cinquième, les Angles et les Irlandais jusqu'au cinquième (2).

La loi des Wisigoths s'occupe spécialement des degrés de parentés au sujet de l'empêchement de mariage, et décide que le mariage et toute union, quelle qu'elle soit, sera défendue entre parents jusqu'au sixième degré.

Les décisions ecclésiastiques ne sont pas non plus uniformes dans toutes les régions. Il résulte, d'une lettre insérée au décret de Gratien, que l'Eglise tient compte des usages reçus et des circonstances pour étendre ou restreindre avec le plus d'opportunité les prohibitions du droit canonique (3). De même, le pape Grégoire II parle en des termes analogues à saint Boniface (4). Nous

(1) *Edictus Rothari*, Bluhme, *op. cit.*, p. 35, CLIII. *Omnis parentilla usque in septimum geniculum, nomeretur, ut parens parenti per gradum et parentillam heres succedat.* »

(2) *Loi ripuaire*, Ed. Johm, dans *Mon. Germ. Legum*, Sect. IV, p. 240, tit. LVI : « III. Sin autem nec eos habuerint, au soror matris patrisque succedant. Deinceps, usque quinto genuco, qui proximus fuerat, in hereditatem succedat. »

Lex Angl. et Werin, tit. VI. Dans Walter, *Corpus juris germanici*, t. I, p. 378 : « VIII. Usque ad quintam generationem paterna generatio succedat. »

(3) Friedberg, *op. cit.*, C. XX, C. XXXV, qu. 2 et 3 : « Quidam lex romana permittit ut sive frater et soror, seu duorum fratrum germanorum seu duarum sororum filius et filia musceantur sed experimento didicimus ex tali coniugio sobolem non posse succrescere. Unde necesse est ut quarta vel quinta generatio fidelium licenter sibi iungantur. »

(4) Jaffé, *Monumenta moguntina*, p. 89 : « Lettre du pape Grégoire II à St Boniface, an 726 : Igitur in primis legebatur ut quota progenie

disons qu'il faut que les personnes parentes entre elles renoncent au mariage, tant qu'elles pourront reconnaître le degré de parenté qui les rapproche.

Il ne faut pas se tromper sur la valeur des degrés de parenté dont parlent les lois barbares. Ce ne sont pas les degrés de computation romaine. A Rome, pour savoir quelle était la parenté qui unissait deux personnes, on faisait la somme des degrés qu'il fallait franchir pour aller de l'une à l'autre, en remontant dans une branche vers l'aïeul commun, et en redescendant ensuite dans l'autre branche. Ainsi un oncle était parent de sa nièce au troisième degré, parce qu'il fallait trois degrés pour remonter de l'oncle au grand-père, et pour redescendre du grand-père à la nièce en question. En Germanie on compte par parentèles. Le premier degré comprend tous les enfants d'un même père, le second tous les petits-enfants. Ainsi les petits-enfants entre eux font partie du deuxième degré de parenté. A Rome, on aurait dit qu'ils étaient parents au quatrième degré, degré de cousins germains. Le système germanique est moins précis que le système romain.

Il présente surtout un inconvénient grave. C'est qu'il ne permet pas de déterminer le degré de parenté des oncles, ou des cousins au cinquième degré romain, en un mot de tous ceux qui occupent une position intermédiaire entre deux parentèles.

propinquorum matrimonio copuletur. Dicimus quod opportuerat quidem quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad hujus copulae non accedere societatem. »

Les récits de Grégoire de Tours nous montrent l'exécution des mesures édictées par les conciles ou par les lois barbares

Nous voyons comment l'Eglise réprouvait le mariage de Mérovée, fils de Chilpéric, avec Brunehaut, veuve de son oncle Sighebert (1).

De même, Grégoire de Tours nous montre Chlothachaire, épousant Vuldotrade, veuve de Théodovalde, son parent, et reprouvé (*increpitus*) par les prêtres, obligé de se séparer de sa femme qui en épouse un autre (2).

Les sanctions des prohibitions ecclésiastiques sont de deux sortes. La première, en cas d'empêchement dirimant, c'est la séparation.

La deuxième pénalité qui frappe les récalcitrants, c'est l'excommunication.

Le concile d'Orléans de 511 met en lumière ces deux ordres de sanctions.

(1) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, lib. V. Ed. Arndt, Dans *Monumenta Germaniae Scriptores*, p. 192 : « ... et ibi Brunichilde reginae conjugitur eamque sibi in matrimonio sociavit. Haec audiens, Chilpericus, quod scilicet contra fas legemque canonicam uxorem patruï accepisset, valde amarus dicto cicius ad supra memoratum oppidum dirigit.

At illi cum haec cognovissent quod eosdem separare decerneret, basilicam sancti Martini, quae super murus civitatis, ad ligneis tabulis fabricata est, confugium faciunt. »

(2) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, lib. IV, *op. cit.*, p. 147 (Theodovaldus) : « 9. In fine... Qui paulatim decedens, septimo regni sui anno mortuos est, regnum que ejus Chlothacharius rex accepit, copulans Vuldotradam, uxorem ejus stratui suo, sed increpitus a sacerdotibus, reliquit eam, dans ei Garivaldum ducem, dirigensque Arvernus Chrammum, filium suum. »

« Si une femme, par un double mariage, ayant dû quitter un prêtre ou un diacre, se marie de nouveau, les époux seront séparés après avoir été réprimandés, ou bien, s'ils persistent dans leurs intentions coupables, ils seront frappés d'une même excommunication (1). »

Il y avait d'autres pénalités :

Par exemple, dans le pénitentiel de Theodorus, nous trouvons cette règle : « Celui qui aura renvoyé sa femme et en aura pris une autre, fera pénitence pendant sept années (2). » Ce chiffre de sept années de pénitence se retrouve dans les canons de certains conciles, par exemple le canon 54 du concile *in trullo palatii imperatoris* de 681 (3). De même, un texte que j'ai cité à propos de la juridiction ecclésiastique donne précisément le détail des diverses pénitences auxquelles sont soumis les coupables au cours de ces sept années (4).

En tous cas, quelle que soit la pénitence imposée, l'Eglise retranchait les coupables de la communion tant que le scandale se prolongeait : « tamdiu a communionis gratia segregetur, quamdiu ab illicitis conjunctionibus seques-

(1) Concile d'Orléans, a. 511 ; Mansi, *op. cit.*, t. 8, col. 353 : « XIII. Si se cuicumque mulier duplici conjugio presbyteri vel diaconi relictæ, conjunxerit, aut castigati, separentur, aut certe, si in criminum intentione perstiterint, pari excommunicatione plectentur. »

(2) Cf. Theodorus, *Capitula Dacherania*, C. 107 : « Qui dimiserit uxorem suam alteri conjungens VII annis paeniteat (Ed. Wasserschleben, p. 155). »

(3) *Concilium in trullo palatii imperatoris*, an. 681, Canon LIV ; dans Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. XI, col. 967.

(4) Voy. p. 40, note 2.

tratione manifestissima debeat abstinere (p. 174, note 1)».

De même, le concile d'Epaon ne permet aucun accommodement aux coupables (*nisi cum adullerium separatione sanaverint* (p. 173, note 2).

Nous avons vu comment le juge ecclésiastique qui avait prononcé l'excommunication était en droit, si les conjoints ne voulaient pas se réformer, de faire appel au bras séculier et de séparer par la force les coupables (p. 42, note 1). En cas de rapt le juge civil enverra les époux en exil, ou les frappera de mort. Leurs biens seront dévolus à leurs héritiers (1).

Plusieurs dispositions interdisent à certains coupables le mariage avec qui que ce soit pour un temps ou bien pour toute leur vie. Ces textes ont été étudiés dans de précédents chapitres (p. 41, note 1 ; p. 75, note 1).

Ce qui est absolument certain, c'est que l'Eglise disposait de sanctions extrêmement efficaces, et que s'adressant d'abord à la conscience, elle obtenait des résultats que d'autres menaces n'auraient pas atteints. D'autre part, par ses sanctions efficaces, elle était en mesure de faire cesser le scandale de la part des récalcitrants.

(1) Voy. p. 113, n. 1, 114, n. 1.

SECTION III

PARENTÉ SPIRITUELLE

Non seulement la parenté civile constituait un obstacle au mariage, mais sa parenté spirituelle vint, à cette époque de foi grandissante, s'ajouter à la première en qualité d'empêchement. Il est à remarquer que cette affinité spirituelle est un des traits les plus caractéristiques de notre époque. Elle révèle un état d'esprit nouveau et est la marque de l'avènement des idées religieuses nouvelles et de leur pénétration dans les masses.

Le fait d'être parrain, qui semble actuellement un événement de second ordre, était considéré à l'époque mérovingienne comme aussi important que la paternité véritable et de cette façon, la parenté spirituelle acquérait la même place et les mêmes prérogatives que la parenté selon la nature.

Le mariage était prohibé entre le parrain et la filleule, ainsi qu'entre le filleul et la marraine. On allait plus loin et l'on tenait compte des alliances. Les unions entre le filleul et la femme du parrain étaient illicites.

Un lien de filiation religieuse existe également entre le prêtre qui a conféré le baptême et l'enfant baptisé. Ainsi

dans les récits de Grégoire de Tours, l'évêque Pretextatus appelle Merovech, son fils spirituel (1).

Enfin il y avait empêchement de *compaternitas* entre les parents selon la nature du baptisé et ses parents spirituels.

C'est ce dernier obstacle que pose le concile *In Trullo* de 681 en ces termes : « La parenté spirituelle ou l'affinité est plus haute que les liens de parenté selon la nature, et cependant nous avons appris qu'en plusieurs endroits, certaines personnes, après avoir tenu des enfants au saint et salutaire baptême, ont contracté mariage avec les mères de ces enfants devenues veuves. Nous décidons que dans l'avenir, il n'arrivera plus rien de pareil. Si des personnes sont encore surprises après la publication de ce canon, à commettre ce crime, elles devront d'abord abandonner ce mariage illicite et ensuite, elles encourront les peines des fornicateurs (2). »

Le fondement de cette parenté spirituelle a été emprunté aux notions que l'on avait sur la parenté adoptive. C'est ainsi que Nicolas I^{er} explique aux Bulgares pourquoi la *cognatio spiritualis* est un obstacle au mariage :

(1) Grég. de Tours, *Hist. Franc.*, V, 19.

(2) Concile *in Trullo palatii imperatoris*, an. 681 ; Mansi, *op. cit.*, t. XI. col. 967, Canon LIII : « Quoniam spiritalis necessitudo seu affinitas, corporum conjunctione major est, in nonnullis autem locis cognovimus quosdam qui ex sancto et salutari baptismo infantes suscipiunt, postea quoque cum matribus illorum viduis matrimonium contrahere, statuimus ut in posterum nihil fiat ejusmodi. Si qui autem post praesentem canonem hoc facere deprehensi fuerint, si quidem primo et ab hoc illicito matrimonio desistant, deinde et fornicatorum poenis subjiciantur. »

« L'homme doit chérir celui qui l'a tenu sur les fonts baptismaux, comme il chérit son père ; bien plus, autant l'esprit l'emporte sur la chair, autant le père spirituel doit être aimé davantage en toutes choses par son filleul ; parce que ce patronage est spirituel et constitue une adoption selon Dieu. Il est bien plus raisonnable d'appeler fils de mon père ou de nommer mon frère, celui qu'a ainsi désigné la grâce divine que celui dont la volonté humaine a fait le fils de mon père ou mon frère (1). »

La *compaternitas* était un empêchement dirimant. Malgré sa ressemblance avec la parenté selon la nature, la parenté spirituelle ne faisait obstacle au mariage qu'entre les parents spirituels et le filleul. Mais les enfants du filleul n'étaient point visés par les prohibitions canoniques.

On signale encore la *compaternitas indirecta* entre la veuve du parrain et le mari de la marraine, la *cognatio spiritalis* entre le filleul et la fille du parrain et de la marraine.

Les parents ne devaient pas tenir leurs propres enfants sur les fonts baptismaux. C'est ainsi que Audowère, épouse de Chilpéric, ayant servi de marraine à sa fille, se

(1) Migne, *Patrologie latine*, t. CXIX, p. 979 : « Ita diligere debet homo eum qui eum suscipit, de sacro fonte, sicut patrem ; quinimo quanto praestantior est spiritus carne quod illud spiritale est patrocinium et secundum Deum adoptio, tanto magis spiritalis pater in omnibus est a spiritali filio diligendus... Longe congruentius filius patris me vel frater meus appellatur is quem divina gratia quam quem humana voluntas, ut filius ejus vel frater meus esset, elegit. »

trouva dans l'obligation de se séparer de son mari, ce qu'elle fit au profit de Frédégonde, qui avait imaginé ce procédé (1).

(1) Gesta, *Reg. Francor. apud script. rerum gallic. et francisc.*, II, 561 et s.

SECTION IV

LIGAMEN, ADULTÈRE

A. — Il est interdit à l'époux adultère, de contracter mariage avec son complice, même après la dissolution de son premier mariage.

Le droit romain, sous l'influence des lois d'Auguste, avait frappé l'épouse reconnue coupable et condamnée, de l'incapacité générale de contracter mariage. Il n'y avait pas encore de disposition légale particulière visant le mariage de la femme adultère avec son complice, disposition qui ne sera promulguée que par Justinien.

Les coutumes germaniques frappent la femme adultère de la peine de mort. Le sort de la femme adultère raconté par Tacite est extrêmement dur.

C'est l'Eglise qui a généralisé l'idée qu'il était défendu d'épouser le complice de l'adultère. Quoique nous manquions de texte pour notre époque, concernant cet empêchement, on peut supposer qu'il était déjà en vigueur d'après deux documents.

D'une part, il y a un texte de Bernard de Pavie qui est ainsi conçu : « *Erat olim prohibitio generalis, scilicet : Nullus ducat in matrimonium quam prius polluit per adulterium* » (1). Si ce texte parle au passé, il semble bien

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 384.

qu'il vise une époque déjà assez lointaine. Ce qui confirme cette hypothèse, ce sont des textes des synodes de Compiègne et de Verberie que j'ai cités à propos de l'indissolubilité du mariage et qui interdisent à la femme adultère, dans certains cas, lors d'un complot contre la vie du mari ou d'un adultère compliqué d'inceste, de se marier avec qui que ce soit (1).

L'idée d'un mariage interdit avec le complice de l'adultère est la même que celle de l'union prohibée avec l'auteur d'un rapt, surtout avec le ravisseur d'une femme déjà fiancée à un autre (p. 113, n. 1).

B. — Il y avait évidemment, à notre époque, un empêchement qui résultait de l'existence d'un précédent mariage non dissous.

Ce qui pourrait en faire douter au premier abord, c'est le grand nombre de récits qui relatent les habitudes de polygamie des princes mérovingiens. L'histoire de Clotaire I, épousant Ingonde et Aregonde (2), de Caribert épousant Méroflède, puis Theodehilde, puis Marcoviève (3), celle de Dagobert qui vivait officiellement avec trois reines, sans compter de nombreuses concubines, semblent prouver que la polygamie était une coutume établie chez les rois francs.

Cependant Tacite nous apprend, dans un texte cité au

(1) *Décret de Verberie*. C. 10 et 12. Voy. p. 75, n. 1. — Déc. de Compiègne, p. 41, n. 1. — Déc. de Verberie, p. 72, n. 1.

(2) Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, IV, 28.

(3) *Ibid.*, IV, 26.

au chapitre III, que : « Presque seuls d'entre les barbares, les Germains se contentent d'une seule femme, sauf un petit nombre qui en prennent plusieurs, non par libertinage, mais parce que leur noblesse fait ambitionner leur alliance. »

A notre époque, il faut aussi faire une distinction entre la masse du peuple qui adoptait peu à peu des coutumes empreintes de christianisme, et quelques personnages célèbres par leurs scandales autant que par leur rang.

On a retrouvé, en 1881, une lettre de direction spirituelle adressée vraisemblablement au roi Clovis II, dans laquelle on trouve ce précepte : « Gardez à une seule épouse, la foi du lit nuptial (1). »

En réalité, nous n'avons pas de texte précis sur l'empêchement de *ligamen* à notre époque, mais il est évident, que l'Eglise qui proclame l'indissolubilité du lien conjugal, maintient en même temps son unité et interdit un double mariage. Un texte sur le mariage de la femme du prêtre, explique que cette union est défendue, parce qu'elle constituerait un « double mariage ». « Si se cuicumque mulier, *duplici conjugio*, presbyteri vel diaconi relicta, conjunxerit (2)... » De même on trouve un texte du *concilium veneticum* de 1665, défendant à celui qui a laissé une

(1) *Epistolae aevi Merovingici collectae*, VII, 15, t. I, p. 460 : « Episcopus quidam juvenem regem (aut Chlodoveum II aut Sigebertum III)... docet.

In vero conserva unius thori castitatem. »

(2) Concile d'Orléans, a. 511, canon XIII ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. IX, col. 353.

première femme, d'en épouser une autre sous peine d'excommunication (1).

(1) *Concilium Veneticum*, 465 ; Mansi, *op. cit.*, t. VII, p. 953 : « II Eos quoque qui relictis uxoribus suis, sicut in Evangelio dicitur, excepta causa fornicationis, sine adulterii probatione alias auxerint, statuimus a communione similiter arcendos. »

SECTION V

VOEUX RELIGIEUX. ÉTAT ECCLÉSIASTIQUE

Violer un engagement pris envers Dieu, c'est faire un acte essentiellement répréhensible, que la loi de l'époque mérovingienne ne reconnaît pas comme valable.

C'est ainsi qu'un mariage accompli, malgré un vœu de continence préalablement formulé, ne saurait avoir aucun effet. Ce n'est pas du premier coup que le droit canonique parvient à cette solution.

Au IV^e siècle, les veuves et les vierges qui faisaient vœu de chasteté obtenaient un rang à part dans l'Eglise. Il s'était constitué des associations de pieuses femmes qui faisaient un vœu solennel reçu par l'évêque et recevaient de lui en échange un voile, *flammeum* (1). Le concile de Paris de 614 les désigne des noms de *viduae deo dicatae*, *sacratae*. Le concile *in Trullo* de 681 (2) les nomme *Christi sponsae*, fiancées du Christ.

(1) Cf. Zhismann, *Das Eherecht der orientalischen kirche*, pp. 485, 486 et ss.

(2) *Concile in trullo*, 681 ; can. 44 ; Mansi, p. 966 : « Certaines peines contre les moines mariés, déposition si prêtre, évêque, diacre, sous-diacre, lecteur, chanteur, stiarius. Mansi, p. 943 : « Si quis episcopus vel presbyter, vel diaconus, vel subdiaconus, vel lector, vel cantor, vel ostiarius cum muliere Deo dicata coierit deponatur, ut qui Christi sponsae vitium attulerit : sin autem laicus, segregetur. »

Du temps de saint Augustin, le mariage contracté par une vierge ainsi consacrée n'était pas nul. Il existait plus de raisons pour le maintenir que pour le dissoudre.

Cependant un texte de la loi des Wisigoths, tiré d'une constitution de l'empereur Jovien, défend, sous peine de mort, d'épouser une vierge consacrée à Dieu.

Un édit de Clotaire II, en 614, déclare le mariage d'une *femina sacrata*, radicalement nul (p. 117, note 2). Il condamne à l'exil ou à la mort le ravisseur d'une religieuse.

Une *constitutio generalis* de Clotaire, de 560, interdit déjà le mariage des religieuses (p. 121, note 2).

Le mariage des religieux et des prêtres était soumis à des règles fort sévères.

Pour bien les comprendre, il faut reprendre l'histoire du célibat des prêtres depuis les débuts.

Il n'y a pas de contradiction entre l'état de mariage et l'état ecclésiastique.

Cependant la continence était considérée comme une grande vertu, plus agréable à Dieu par conséquent. Il y avait à cela deux raisons. D'une part, l'état ecclésiastique, s'il est bien compris, exige un détachement presque absolu de tout et un sacrifice complet de toutes les satisfactions permettant d'exercer sur les âmes une action plus efficace. D'autre part, le célibat laisse plus de liberté, moins de soucis et de préoccupations à l'esprit, que l'état de mariage.

Le principe qui triomphe de bonne heure, c'est celui qui défend au prêtre de se marier après son entrée dans

les ordres. Quant à ceux qui seraient déjà mariés avant leur ordination, il s'est élevé la question de savoir s'ils devaient se séparer de leur femme ou continuer à vivre dans l'état de mariage. L'église d'Orient et celle d'Occident ont suivi à cet égard des avis opposés.

Au concile de Nicée, Paphnuce, prêtre célibataire, prit la défense de ceux qui vivaient dans le mariage et obtint du synode qu'il leur fût permis de conserver leurs femmes (1).

Mais, si ce concile œcuménique tenu en Orient se montrait libéral, les conciles d'Occident adoptèrent une règle plus sévère.

Le concile d'Agde, en 506, s'exprime en ces termes : « Il a été décidé que si les diacres ou les prêtres mariés voulaient reprendre leurs femmes, ils devraient observer l'enseignement du pape Innocentius et l'avis de l'évêque Sircius, qui sont insérées dans le canon :

Lettre de saint Innocent, pape...

... Après d'autres questions : Vous m'avez demandé ce qu'il faut penser de ceux qui, dans le ministère sacerdotal ou dans l'office de prêtre, ont créé une famille et ont prouvé ainsi qu'ils n'observaient pas les règles de la continence. Sur ceux-là, les lois divines se prononcent de la manière la plus nette et les enseignements de l'évêque Sircius, d'heureuse mémoire, rappellent clairement que les incontinents placés dans de tels offices doivent être

(1) Darras, *Histoire de l'Eglise*, IX, p. 250.

entièrement privés des honneurs ecclésiastiques, et exclus d'un ministère que la vertu seule doit être appelée à exercer (1).. »

La prohibition du mariage des prêtres était étendue aux diacres et même aux sous-diacres, quoique, pour ces derniers, la question fut controversée. Cependant on trouve, au décret de Gratien, une lettre enjoignant que les sous-diacres ne se marient pas (2). »

Les ecclésiastiques qui avaient contracté mariage avant leur entrée dans les ordres, devaient renvoyer leurs épouses, mais bien entendu, après avoir obtenu leur consentement. Le concile d'Agde est formel sur ce point : « Si les jeunes gens mariés ont décidé d'entrer dans les ordres, on doit aussi obtenir l'assentiment de leurs épouses (3)... »

(1) Concile d'Agde, 506 ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. IX, p. 326, Canon IX : « Placuit etiam, ut si diacones aut presbyteri conjugati ad torum uxorum suarum redire voluerint, papae Innocentii ordinatio et Siricii episcopi auctoritas quae est his canonibus inserta conservetur.

Epistola S. Innocentii Papae, dilectissimo fratri Exuperio Innocentius.

« post alia : Proposuisti quid de his observari debeat, quos in diaconii ministerio, aut in officio presbyterii positus incontinentes esse aut fuisse generati filii prodiderunt. De his et divinarum legum manifesta est disciplina, et beatae recordationis viri Siricii episcopi monita evidentia commearunt, ut incontinentes in officiis talibus positi, omni ecclesiastico honore privarentur, nec admitterentur accedere ad ministerium quod sola continentia oportet impleri... »

(2) D. XXXII, C. II. Grégorius Leoni Episcopo Catinensi (que les sous-diacres ne se marient pas) « ne si uxores habent, miscendi se cum eis licentia potiantur. »

(3) Concile d'Agde, an. 506 ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. VIII, p. 132, Canon XVI : « ... Sane si conjugati

L'absence de relations entre le prêtre et son épouse résulte de prescriptions générales en Occident. « Au cours du ^{vi} siècle, c'est chose normale en Gaule, écrit M. Viollet, que le prêtre et l'évêque fussent mariés et vécussent avec leur femme dans la même maison, pourvu qu'ils ne couchassent pas dans le même lit ou dans la même chambre. »

C'est ainsi que le décident le concile d'Orléans en 541 (1), et le concile d'Auxerre en 585.

Le concile de Tours, en 567, s'exprime en ces termes : « L'évêque considérera son épouse, comme une sœur et gouvernera toute sa maison, tant ses affaires ecclésiastiques que ses affaires particulières, avec une telle perfection que nul soupçon d'aucun genre ne pourra s'élever à son sujet (2). »

juvenes consenserint ordinari, etiam uxorum voluntas ita requirenda est, ut sequestrato mansionis cubiculo, religione praemissa, posteaquam pariter conversi fuerint, ordinentur. »

On peut remarquer ici une différence remarquable entre les fiançailles et le mariage. La jeune fille simplement fiancée peut entrer dans un monastère, malgré le lien de fiançailles.

C. XXVII, Qu. II. Le pape Eusèbe écrit : « Desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere ; tamen monasterium sibi licet eligere. »

(1) *Concil. Aurelianense*, an. 541, Can. XVII. Maassen, *op. cit.*, t. I, p. 91.

(2) *Concile de Tours*, an 567, c. XII : « Episcopus conjugem ut sororem habeat et ita sancta conversatione gubernet domum omnem, tam ecclesiasticam quam propriam, ut nulla suspicio quacumque ratione consurgat. »

Concilium Latunense, 673-75 ; Maassen, t. I, p. 218 : « IV. Mulierem sane aliam nisi iuxta scripturarum patrum instituta nullus clerico-rum in propria domum abere praesumat. »

Concilium Burdegalense, a. 663-675 ; *Ibid.*, p. 216 : « III. De sub-

La continence était tellement en honneur, que l'entrée dans les ordres était interdite à ceux qui s'étaient mariés deux fois.

Le concile d'Agde décrète que ceux qui seront dans cette situation pourront porter le titre de prêtre ou de diacre, mais ils n'en exerceront pas les fonctions (1).

Le concile d'Epaon, en 517, écarte le prêtre marié deux fois et met en accusation ceux qui l'ont ordonné malgré cet empêchement (2).

Certains conciles insistent sur les fréquentations que le prêtre doit se refuser. Ainsi le concile d'Agde ne permet au prêtre de conserver chez lui que sa mère, sa sœur, sa

introducitis vero mulieribus episcopus aut abbas aut quicumque ex ordine sacro contra antiqua patrum statuta, nisi quod continent canones, vel in deinceps habere presumpserit, ipsa canonica sententia iudicetur. »

(1) Concile d'Agde, C. I ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. 8, p. 324 : De bigamis clericis ut non ministrent : in primis id placuit ut canones et statuta patrum per ordinem legerentur. Quibus lectis placuit de bigamis aut internuptarum

iterum nuptarum (note de l'éditeur)

maritis, quamquam aliud patrum statuta decreverint, ut qui hucusque ordinati sunt, habita miseratione, presbyterii vel diaconatus nomen tantum obtineant ; officium vero presbyteri consecrandi, et ministrandi huiusmodi diacones non praesumant. »

(2) Concile d'Agde, 506 ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. VIII, p. 326, Canon X : « Id etiam ad custodiendam vitam et famam speciali ordinatione praecipimus ut nullus clericorum extraneae mulieri qualibet consolatione, aut familiaritate jungatur. Et non solum in domo illius extranea mulier non accedat ; sed nec ipse frequentandi ad extraneam mulierem habeat potestatem ; sed cum matre tantum, sorore, filia et nepte, si habuerit aut voluerit, vivendi habeat potestatem. De quibus nefas est aliud, quam natura constituit, suspicari. »

filles ou sa nièce, afin qu'aucun soupçon ne pèse sur lui (1). Le concile *in Trullo*, de 681, posera des prescriptions du même genre (2).

Il est intéressant de remarquer que le lien de mariage persiste malgré l'entrée dans les ordres. Sans doute, comme nous l'avons vu à propos de la règle de l'indissolubilité, il y a eu des exceptions à ce principe dans le cas de vœux religieux, exceptions consacrées par les synodes de Compiègne et de Verberie ; mais, pour la femme du prêtre, les conciles se montrent intransigeants et le concile d'Orléans, le concile d'Epaon décident qu'elle ne pourra se marier sous aucun prétexte. Ceux qui épouseraient la femme d'un prêtre seraient frappés d'excommunication et ne rentreraient en grâce avec l'Eglise qu'en l'abandonnant (3).

(1) *Concile in Trullo*, an. 681, C. V, XLVII ; dans Mansi, t. XI, p. 960.

(2) Concile d'Epaon, an. 517 ; Maassen, *Concilia aevi merovingici*, t. I, p. 19 : « II. De ordinationibus Clerorum. Ne saecunde uxoris aut reuptae maritus presbyter aut diaconus ordinetur, abunde sufficerit ab apostolo constitutum (a) sed quia praeceptum huiusmodi excidi quorundam fratrum simplicitate cognovimus, speciali observantia renovamus, sciente eo qui contra interdictum ordinaverit, rerum fratribus se futurum ; illo autem qui contra fas honorem prohibetae benedictionis ambierit, nihil se clericalis ministerii praesumtum. »

(3) *Concile d'Orléans*, 511 ; Mansi, *Sacrorum conciliorum a. collectio*, t. IX, col. 353 : « Canon XIII. Si se cuicumque mulier duplici conjugio, presbyteri vel diaconi relictas, coniunxerit, aut castigati separentur, aut certe, si in criminum intentione perstiterint, pari

(a) Vide, 1. tim. 4, 12 ; 1. tit. (note de l'éditeur). Autres textes : *Concilium Arelatense*, an. 524 ; Canon III, *Ibid.*, p. 37 ; *Concilium Aurelianense*, an. 538 ; Canon VI, *Ibid.*, p. 75 ; *Concilium Aurelianense*, an. 541 ; Canon X, *Ibid.*, p. 89.

Le concile de Mâcon va plus loin et décide que la femme d'un ecclésiastique, même des ordres peu élevés, comme un acolyte ou un exorciste, ne pourra contracter un nouveau mariage, même si elle devient veuve (1).

Grégoire de Tours rapporte des traits curieux qui peuvent nous renseigner sur l'empêchement de vœux ecclésiastiques et sur la manière dont on l'entendait. Ainsi, nous rencontrons l'histoire d'Urbicus, sénateur puis évêque en Auvergne, qui s'était séparé de sa femme « selon la coutume ecclésiastique ». Mais, par la suite, l'épouse écartée lui fit plaintes et reproches. L'évêque, vaincu par ses instances, consentit à la recevoir et se reprocha durement cette faiblesse. Il se retira dans un monastère pour y faire pénitence (2). Cette faute ne paraît pas tellement impardonnable à première vue. Mais il faut remarquer que l'évêque s'était engagé devant Dieu à la continence. C'est plutôt l'oubli de la parole donnée que le mépris du règlement qui constitue le délit.

De même, on pourrait commenter l'histoire de Félix de

excommunicatione plectantur. »

Concile d'Epaon, 517 ; *Ibid.*, t. IX, col. 563 : « Canon XXXII. Relicta presbyteri sive diaconi, si cuicumque renupserit, eatenus ab ecclesia pellatur, donec a conjunctione illicita separetur : marito quoque ejus simili usque ad correctionem plectendo. »

(1) *Concile de Mâcon*, an. 585 ; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. IX, p. 956 : « 16. Illud quoque rectum nobis visum est disponere, ut quae uxor subdiaconi vel exorcistae, vel acolythi fuerat, mortuo illo, secundo se non audeat sociare matrimonio. Quod si fecerit, separetur, et in coenobiis puellarum Dei tradatur, et ibidem usque ad exitum vitae suae permaneat. »

(2) Grég. de Tours, *Hist. Franc.*, I, 39.

Nantes qui témoigne d'une coutume définitivement établie (1).

Les religieux étaient soumis aux mêmes prescriptions que les prêtres. Le mariage d'un religieux postérieurement à sa profession était nul. La profession avait en cela une grande importance (2).

Les sanctions les plus rigoureuses atteignaient les ecclésiastiques mariés (3). La prison, la perte des grades (4), l'excommunication étaient les pénalités en usage.

Ainsi le développement des idées religieuses amenait, dans la législation du mariage, des modifications essen-

(1) Grég. de Tours, *De gloria confessorum*, LXXVII. Ed. Arndt (*Monumenta Germaniae, scriptores*, t. I, p. 724) : « Aiebat enim fuisse antestitem in civitate sua cum conjuge : sed cum ad honorem sacerdotii accessisset, lectulum juxta ordinem institutionis catholicae sequestravit. Quod mulier valde molestum tulit, cumque diebus singulis cum eo ageret, ut in uno stratu quiesceret, nec adquiesceret pontifex rem tam improbam, quam canonum decreta non admittebant... »

(2) Concile d'Arles, C. XXXVIII, C. XXVII, qu. I : « Viduae, ni pruesquam continentiam profiteantur, nuliere elegerint, illis nubant, quos propria voluntate voluerint habere maritos. »

Similis conditio et de virginibus habeatur nec extra voluntatem parentum vel suam cogantur accipere maritos. »

(3) C. XXXIX, C. XXVII, qu. I ; Item Gregorius, *Artemio subdiacono*, in épist. 41, lib. I : « Et quia aliquos monachorum usque ad tantum nefas prosiluisse cognovimus, ut uxores publice sortiantur, precipimus ut sub omni vigilantia requiras, et inventos habita cohercione in monasteriis, quo monachi fuerant, remitti facias » (a).

(4) C. XXXII, C. XXVII, qu. I, Item ex concilio Aurelianensi (a. 511) (C. 22 et 23) : « Monacho orarium in monasterio vel zonas habere non liceat. Et si postea uxori fuerit sociatus, tantae prevaricationis reus numquam ecclesiastici gradus sortiatur offitium. »

(a) Cf. Concile de Tribur, C. 6 (C. XI, C. XXVII, qu. I) : « Ab ecclesia eliminandae et ergastulis retrudendae sunt monachorum vel monacharum impudicae personae. »

tielles. L'institution du célibat des prêtres, incompatible avec celle du mariage, constitua un empêchement, dont l'importance fut considérable. C'est ainsi que la même évolution des idées qui affranchissait les esclaves et permettait le mariage à tous sans aucune distinction, mettait obstacle d'un autre côté, et d'une façon absolue, à toute espèce d'union chez d'autres catégories de personnes.

Procédant aussi d'une idée religieuse, la prohibition du mariage entre personnes de cultes différents s'introduisit ou se développa à notre époque.

SECTION VI

DISPARITÉ DE CULTE

Nous avons étudié les principes de cet empêchement à propos de la règle de l'indissolubilité du lien conjugal. Nous avons vu comment l'épouse fidèle a en théorie le droit de quitter l'époux infidèle, mais qu'il vaut mieux, à moins qu'on ne la chasse, rester unie à celui qui n'a pas encore la foi. Néanmoins, certaines opinions s'élevaient contre cette pratique, notamment au temps de saint Augustin.

A l'époque mérovingienne, plusieurs textes prohibent le mariage avec des personnes de religion juive. Il y a eu dans un certain nombre de circonstances une hostilité marquée contre les Juifs dans la société gallo-franque. Plusieurs canons de conciles portent l'empreinte de ces mouvements. Les mariages avec les hérétiques étaient déconseillés, à moins qu'il ne soit convenu que leurs enfants seraient élevés dans la religion catholique (1).

(1) *Concilium Tolletanum* (c. 62). D. *Secunda pars Causa*, XXVIII, Q. I. C. (X). *Nisi ad fidem Judeus accesserit, separetur ab uxore fidei* : « Judei qui Christianos mulieres in coniugio habent admoneantur ab episcopo civitatis illius, ut si cum eis permanere cupiunt, Christiani efficiantur. Quod si admoniti noluerint, separentur quia non potest infidelis in eius permanere coniunctione, que jam in Chris-

L'empêchement de disparité de culte était un empêchement dirimant. La sanction était quelquefois l'excommunication (1).

tianam translata est fides. »

C. XVI, *Ex concilio Agatensi* (c. 67) : « Non oportet cum omnibus hereticis miscere conubia, et vel filios vel filias dare, sed potius accipere, si tamen se profitentur Christianos esse futuros et catholicos. »

C. XVII, *Ex concilio Arvernensi* : « Si quis judaicae praevitati coniugali societate iungitur, sive christiana Judeo, sive Judea Christiano mulier carnali consortio misceatur, quicumque eorum tantum nefas admisisse cognoscitur, a Christiano cetu atque convivio, et a communione ecclesiae protinus segregetur. »

(1) Concile d'Orléans, 533; Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio*, t. VIII, p. 836 : « 19. Placuit ut nullus Christianus Judaeam, neque Judaeus Christianam in matrimonio ducat uxorem, quia inter hujusmodi personas illicitas nuptias esse censemus. Qui si commoniti a consortio hoc ne separare distulerint, de communonis gratia sunt sine dubio commovendi. »

SECTION VII

AUTRES EMPÊCHEMENTS

Dans un autre chapitre, j'ai parlé des empêchements : — d'adultère qualifié *criminis enormitas*, — de rapt, qui, au début de notre époque, ne semble pas être un empêchement dirimant, puisqu'on trouve dans une formule « *contracta non solvuntur* », — de lèpre, dont nous avons parlé au sujet de l'indissolubilité ; — d'impuissance, qui est surtout intéressante à étudier comme cause de divorce. C'est l'*impotentia superveniens*. Il n'est pas douteux qu'à notre époque l'impuissance était un empêchement dirimant si l'on songe de l'importance que l'on attachait à la *copula carnalis*.

Sur l'âge nous manquons de textes.

Cependant, la loi des Wisigoths s'élève contre les mariages mal assortis, défendant de conclure de telles unions qui ne sont pas inspirées par une affection naturelle, mais par l'ambition et l'amour de l'argent (1). On pourrait citer

(1) *Lois des Wisigoths*, lib. III, tit. I, éd. Walter, p. 467 : « IV. Ne viris minoris aetatis maiores faeminae disponsentur.

« ... Videmus enim quosdam non avidos amore natura, sed illectos cupiditatis ardore, filiis suis tam inordinate disponere foedera nuptiarum, ut in eorum actis nec aetate concors sit ordo, nec moribus. »

aussi le texte de Tacite qui montre les mariages assez tardifs chez les Germains (1).

Enfin il faut aussi parler de l'interdiction de célébrer des mariages pendant le temps des fêtes. Cet empêchement, simplement prohibitif, porte le nom de : empêchement du *tempus feriarum*. On trouve au décret de Gratien un certain nombre de textes qui précisent les périodes pendant lesquelles il ne faut pas célébrer de mariages, lors de la Quadragésime, depuis la Septuagésime jusqu'à l'octave de Pâques, trois semaines avant la fête de Saint Jean, et depuis le temps de Noël jusqu'à l'Epiphanie (2). Le concile d'Ilerda, qui édicte ces trois dernières prescriptions, ajoute : « Si les époux ont ainsi agi, qu'ils soient séparés. » On a toujours interprété cette sanction dans le sens le plus modéré. La séparation que demande le concile est évidem-

(1) Tacite, *Mœurs des Germains*, éd. Charpentier, t. II, p. 351 : XX. « Sera juvenum venus, eoque inexhausta pubertas : nec virgines festinantur ; eadem juvenia, similis proceritas, pares validaeque miscentur, ac robora parentum liberi referunt ; sororum filiis idem apud avunculum qui apud patrem honor. »

(2) *Decreti sec. pars.*, CXXXIII, Q. IV, C. VIII : *Unde in Laodicensi concilio* : « Non oportet in quadragesima aut nuptias vel quelibet natalicia celebrari. »

Item ex concilio Martini papae, C. IX : « Sed nec natalicia nec nuptias liceat in quadragesima celebrari. »

Item ex concilio Ylerdensi, C. X : « Non oportet a septuagesima usque in octavam Pascae et tribus ebdomadibus ante festivitatem sancti Johannis et ab Adventu Domini usque post Epiphaniam, nuptias celebrare. Quod si factum fuerit, separentur. »

Item Nycolaus ad consulta Bulgarorum, C. XI : Nec uxorem ducere nec coniugia facere in quadragesimali tempore convenire posse, nullo modo arbitror. »

ment une séparation temporaire, imposée à titre de pénitence.

Nous avons terminé cette rapide étude des empêchements les plus remarquables à l'époque mérovingienne. Ils comptent bien parmi les traits les plus caractéristiques du mariage, à travers cette période de l'histoire. La notion d'un mariage religieux, d'une institution sacrée (sinon d'un sacrement), s'imposant de plus en plus, il convenait d'en marquer la solennité, la dignité, l'importance. De là sont nées les prohibitions qui interdisent toute union vile ou déplacée.

Surtout, les empêchements portent la marque des principes chrétiens qui pénètrent de plus en plus la législation et toute la civilisation de la France.

CONCLUSION

L'étude que je viens d'achever est une de celles qui évoquent des principes, des assises, des fondations assez obscures. J'ai cherché à montrer comment ont commencé certaines grandes choses, des conceptions juridiques d'un ordre très élevé, qui ont grandi, depuis, se sont imposées à l'attention des peuples et ont gouverné la société pendant plusieurs siècles. La règle de l'indissolubilité du mariage, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne, les devoirs austères qu'elle réclame, la vie qu'elle trace, l'indépendance qu'elle assure, ce principe fondamental des unions qui ont construit l'ancienne France, trouve sa première expression législative à l'époque mérovingienne. Le consentement personnel, si essentiel au mariage, si naturel semble-t-il, qu'il nous paraît impossible qu'on ne l'ait pas toujours admis, la volonté propre et spontanée des épouses se fait jour et s'affirme. Le mariage n'est plus une institution défendue pour personne. Les barrières qui écartaient les esclaves, celles qui séparaient les grands

dignitaires des autres classes de la nation, sont tombées devant le principe d'égalité entre les chrétiens, compris peu à peu et ensuite pratiqué partout, étendu à tous. La théorie des empêchements apporte une sanction à ces règles. Elle détermine les unions qui sont défendues, elle les déclare nulles, elle montre mieux que tout autre argument que le mariage est désormais un lien, puisqu'il faut beaucoup de conditions pour pouvoir le nouer.

L'Eglise étend son influence décisive, inspiratrice et modérée sur la législation autant que sur les coutumes et sur les mœurs à travers une époque la plus mêlée de barbarie et de civilisation décadente, d'invasion germanique et de législation impériale finissante. Et cette influence impose dans les synodes et les conciles, dans les conseils des princes et aux tribunaux des *viri magnifici* et des grands juges de l'époque, la *lex Divina* qu'elle trouve dans les principes du christianisme.

Cette influence, partie d'une même âme, est la même pour toutes les provinces. Elle sera la même pour toute l'Europe. Puis tard, dans toutes les contrées où pénétrera la loi de l'Eglise, les principes d'indissolubilité, de liberté du consentement personnel, d'indépendance de la famille, d'égalité de tous devant la loi de Dieu, l'affranchissement des esclaves et des femmes, la première place donnée aux sentiments de l'âme, aux sentiments les plus élevés, au mépris des calculs d'intérêt et des satisfactions matérielles, voilà ce qu'on trouvera, à quelque porte qu'on frappe, dans quelque contrée que l'on pénètre.

J'ai essayé de résumer un peu de cette histoire première d'une France qui cherchait sa voie. Il était intéressant de considérer quelques pierres qui ont servi à la bâtir.

Mais je viens de dire ce que j'eusse voulu faire, c'est au lecteur à voir ce que j'ai fait.

Vu, le 17 avril 1915 :

Le Président de la Thèse,

CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,

F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE DES TEXTES

Corpus Juris civilis. — Ed. Schœll, 1912.

Institutes de Justinien. — Textes de Droit romain. Ed. de M. Girard, 1913.

Sentences de Paul. — *Ibid.*

Codex Theodosianus. — Ed. Mommsen et Meyer, 1905.

Corpus Juris Canonici. — Ed. Friedberg, 1879.

Saint Augustin. — *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum.*

Avitus. — *Epistolæ. Monumenta Germaniæ. Auctores Antiquissimi*, t. VI, pars II.

Benedictus Levita. — *Benedicti capitularium collectio.* Dans Migne, *Patrologie latine*, t. XCVII.

Commodien. — *Commodiani Carmina.* Rec. Ernestus Ludwig. *Bibliotheca teubneriana.*

Frédégaire. — *Historia Francorum Epitomata.* Dans Migne, *Patrologie latine.*

Grégoire de Tours. — Ed. Arndt. Dans *Monumenta Germaniæ. Scriptores rerum merovingicarum*, t. I.

Saint Jérôme. — *Epistolæ Corpus scriptorum latinorum ecclesiasticorum*, vol. 55.

Jonas d'Orléans. — Migne, *Patrologie latine*, t. CVI.

Saint Paul. — *Novum Testamentum.* Ed. Firmin Didot, 1848.

Sidoine Apollinaire. — *Sidonii Epistularum.* Ed. Lvetzohann. *Monumenta Germaniæ.*

Tacite. — Ed. Nisard.

Theodorus. — *Pœnitentiale. Capitula Dacherania.* Ed. Wasserschleben. *Die Bussordnungen der Abendländischen kirche.*

Zosime. — Ed. Bekker.

Epistolæ ævi merovingici collectæ. Monumenta Germaniæ, t. I.

Evangile selon St Mathieu. — *Novum testamentum.* Ed. Firmin Didot, 1848.

Jaffé. — *Monumenta Moguntina*, 1866.

Recueil général des formules usitées dans l'Empire des Francs. — De Rozières.

Formulæ merovingici ævi. — Zeumer, dans *Monumenta Germaniæ*.

Capitularia. — Boretius, dans *Monumenta Germaniæ*.

Concilia. — Maassen, dans *Monumenta Germaniæ*.

Sacrorum conciliorum amplissima collectio. — Mansi.

Lois des Burgondes. — R. de Salis, dans *Mon. Germ.*, Legum sectio, I, t. II, pars I.

Lois des Lombards. — *Mon. Germ.*, Legum, t. IV. Edictus Rotharis.

Bluhme. *Liber Papiensis*. Liutprandi. — Boretius.

Lois des Saxons, dans *Mon. Germ.*, Leg., t. V.

Loi Ripuaire, dans *Mon. Germ.*, Leg., t. V.

Loi Salique. — Ed. Behrend, 1897.

Loi des Wisigoths. — Ed. Zeumer, 1902, dans *Mon. Germ.*, Leg., sect. I, t. I.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	I
Objet de cette étude. — Les trois influences qui s'exercent sur l'institution du mariage. — Influences romaine, germanique, ecclésiastique. — Evolution des caractères du mariage entre le v ^e et le viii ^e siècles. — Notions de lien, de consentement personnel, d'empêchements. — Les sources. — Lois barbares, formules, livres pénitentiels, décrets des Conciles, capitulaires des rois francs, récits des historiens.	
<i>Les invasions</i>	4
Décadence des institutions romaines. — Influence du droit romain sur certaines lois barbares.	
<i>Le mariage en Droit romain.</i>	7
La <i>Patria potestas</i> et le consentement des futurs époux. — Rupture du mariage. — Le divorce. — Quelques conditions essentielles à la formation du mariage. — Absence de parenté. — <i>Jus connubii</i> . — Obstacles résultant des différences de castes. — Formes du mariage. — Autres unions. — Défectuosités de la législation romaine du mariage.	
CHAPITRE PREMIER. — Législation et juridiction. — Le rôle de l'Eglise.	
	19
SECTION I. — <i>Origines de la législation et de la juridiction ecclésiastique. — Lex divina. — Lois de l'Etat. — Sanctions spirituelles au bas-empire.</i>	
	19
SECTION II. — <i>Pouvoir de l'Eglise sur le mariage du vi^e au viii^e siècles</i>	
	26
Corrélation entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux. — Rapports étroits entre les Capitulaires des rois francs et les décrets des assemblées ecclésiastiques. — Exemples.	
	Z. — 14

— Décret de Childebert de 596. — Capitulaire de Vernes de 755. — Synodes de Compiègne, a. 757, et de Verberie, a. 768 ; capitulaire de Leptines, a. 743. — L'Eglise n'exerce-t-elle « qu'une action disciplinaire sur le lien de mariage à l'époque mérovingienne » ? — L'Eglise exerce sur le lien la législation et la juridiction ordinaires. — <i>Canones</i> et <i>Leges</i> placés sur le même plan. — Exemples pratiques tirés des récits de Grégoire de Tours. — Abstention du pouvoir royal qui se borne à reproduire quelquefois dans ses lois les dispositions du droit canonique.	
Juridiction ecclésiastique. — Synodes. — Définitions. — Sanctions. — Appel au bras séculier. — Pouvoir de l'Eglise limité au lien. — Raisons de ses prérogatives à l'époque mérovingienne.	
CHAPITRE II. — Caractères de l'institution du mariage.	
— Le principe d'indissolubilité.	45
Unité. — Exclusion progressive de la polygamie, de l'adultère. — Perpétuité. — Désuétude du divorce. — Sainteté. — Formes religieuses. — Bénédiction nuptiale. — Dignité du mariage qui sera défini plus tard, dans les textes, comme sacrement.	
Etude spéciale du principe d'indissolubilité	47
Causes de rupture du mariage. — Principes du Christianisme. — Coutumes germaniques — Divorce. — Répudiation par le mari. — Loi des Burgondes. — <i>Repudium</i> limité à des cas déterminés. — Loi des Wisigoths. — Séparation dans des cas particuliers. — Législation ecclésiastique. — Conciles d'Agde, d'Hereford, d'Orléans. — Capitulaire de Soissons, a. 744.	
Exceptions au principe d'indissolubilité.	55
Divorce permis en cas d'adultère de la femme. — Autres exceptions. — Synodes de Compiègne et de Verberie. — Entrée en religion. — Lèpre. — Impuissance. — <i>Casus apostoli</i> . — Mariage des infidèles. — Condition d'esclave. — Réduction en servitude ou affranchissement. — Attentat à la vie du mari. — Etablissement en pays étranger. — Adultère compliqué d'inceste. — Cas de divorce par consentement mutuel.	

CHAPITRE III. — Le consentement des futurs époux. . . 79

Valeur du consentement d'après les principes du christianisme.

SECTION I. — *L'autorité familiale à Rome et en Germanie.* . . 81

Caractères du pouvoir domestique de ces deux milieux. — *Patria Potestas et mundium.*

SECTION II. — *Quelques mots sur la question de l'achat des femmes.* 83

Opinions de plusieurs auteurs sur les formes primitives du mariage en Germanie. — Mariage par rapt et par vente. — Ce qu'il faut entendre par *Pretium nuptiale* à notre époque et antérieurement. — Présents offerts à la famille de la fiancée. — Texte de Tacite. — Objections tirées de la rédaction de certaines lois barbares. — Lois des Saxons. — Observation. — Différences de coutumes entre les différents peuples de la Germanie. — Différence certaine entre le *pretium nuptiale* et un prix de vente. — Influence de la famille de la femme sur son consentement.

SECTION III. — *Consentement des fils.* 91

Situation privilégiée des fils en état de porter les armes, dans la famille germanique. — Consentement personnel des fils à leur mariage. — Le consentement des parents n'est requis que par déférence. — Mariage valable sans l'intervention des parents. — Lettre de Sidoine Apollinaire. — Formules de Tours, de Berry. — Récits de Grégoire de Tours.

SECTION IV. — *Consentement des femmes.* 96

Dépendance des femmes. — Pouvoir des parents et des frères. — Origines. — Légendes des Eddas et des Niebelungen. — Textes de Grégoire de Tours.

SECTION V. — *Progrès de la liberté du consentement.* 102

Transformation du *mundium*. — Influence chrétienne. — Concile de Mâcon, a. 585.

Législation sur le rapt, protectrice de l'indépendance des femmes et des droits de la famille. — Deux périodes distinctes dans la répression du rapt. — Dispositions des lois barbares. — Compositions légales. — Dispositions du droit canonique et des capitulaires. — Interdiction de contracter mariage après un rapt. — Nullité du mariage. — Pénalités.

Spontanea voluntas. — Pouvoir des parents de plus en plus limité. — Constitution de Clotaire, a. 560. — Formules de Tours. — Décret de Compiègne.

CHAPITRE IV. — Conditions de forme. 125

Nécessité des formes extérieures. — *Desponsatio*. — *Dotatio*. — *Traditio puellæ*.

SECTION I. — *La Desponsatio* 127

L'anneau. — Les arrhes. — L'Osculum. — *Donatio in sponsa facta*. — Fêtes des fiançailles.

SECTION II. — *Dotatio*. 139

Solidum et denarium. — Récit de Fredegaire. — Formule de Bignon. — Rôle des ambassadeurs. — Mariage de Sainte Clotilde, de Galswinthe, de Rigonthe. — *Pretium nuptiale*. — Dot versée par le mari. — Modes de constitution. — Consistance de la dot. — Propriété de la dot. — L'adage : *Ne sine dote coniugium fiat*, d'après Benedictus Levita. — Les canons du Concile d'Arles, a. 524.

SECTION III. — *Traditio* 151

Publicité du mariage. — Capitulaire de Vernes, a. 755. — Bénédiction nuptiale. — Son but. — Ses motifs. — La jonction des mains. — Le voile. — La *Benedictio Thalami*.

CHAPITRE V. — Les empêchements. 159

Définitions. — Empêchements prohibitifs et empêchements dirimants. — Différence entre ces deux sortes d'empêchements. — Il y a, en fait, sinon en théorie, des empêchements dirimants à notre époque. — Pour les reconnaître, il faut considérer leur sanction. — Ce sont ceux qui causent la séparation des époux et la nullité du

mariage. — Attitude de l'Eglise. — Elle supprime des empêchements anciens. — Elle développe ou établit d'autres séries d'empêchements.

SECTION I. — *Différences de classes. — Esclavage.* 162

Prohibitions du droit romain et des coutumes germaniques. — Motif de leur disparition. — Egalité de tous devant la loi de Dieu. — Prépondérance du consentement personnel (textes). — L'esclavage ne disparaît que peu à peu. — Une des causes de sa disparition, c'est le fait, pour l'esclave, d'avoir une famille et de contracter un mariage valable. — Mariage entre deux esclaves. — Le système établi à l'époque mérovingienne. — Le droit de consentir au mariage de l'esclave appartient au maître (textes). — Le maître peut-il révoquer ce consentement par la suite. — Pour trouver un texte législatif, il faut attendre le concile de Châlons en 813. — Mariage entre un esclave et une personne libre. — Validité si le conjoint libre a su quelle était la condition de l'autre conjoint. — Nullité s'il y a eu *erreur sur la condition*. — Synodes de Compiègne et de Verberie confirment ce progrès.

SECTION II. — *Les empêchements de parenté ou d'alliance.* . . 171

Fréquence des décisions ecclésiastiques sur cette question. — Analyse de quelques canons de conciles : concile d'Agde, 506 ; concile d'Epaon, 517 ; concile de Paris, 614 ; concile de Rome, 721. — Jusqu'où allait la parenté. — Appréciation différente, suivant les régions. — Coutumes germaniques, repérées d'après les ordres de succession. — Modes de computation romain, germanique. — Application effective des lois ecclésiastiques, d'après les récits de Grégoire de Tours. — Sanctions. — Séparation, excommunication. — Pénalités durant sept années. — La séparation envisagée comme condition de la faveur ecclésiastique.

SECTION III. — *Parenté spirituelle.* 180

Le baptême, source de la parenté spirituelle entre l'enfant baptisé et le prêtre qui lui a conféré le sacrement, entre les parrains ou marraines et les filleuls, entre les parents du baptisé et ses parents spirituels, entre la veuve du

parrain et le mari de la marraine, entre le filleul et la fille du parrain ou de la marraine. — Concile *in Trullo* de 681. — Fondement de la parenté spirituelle. — Ressemblance avec la parenté adoptive d'après Nicolas I^{er} dans sa réponse aux Bulgares. — Sanction. — Séparation. — Défense faite à chacun des parents de tenir leur enfant sur les fonts baptismaux. — Histoire de Chilpéric et d'Audowere.

SECTION IV. — *Ligamen. — Adultère*. 184

A. — Interdiction d'épouser le complice de l'adultère.

B. — Empêchement résultant de l'existence d'un premier mariage non dissous. — Pratiques de polygamie des rois Francs. — Doctrine germanique et doctrine chrétienne. — *Exhortatio ad Francorum regem* (Clovis II). — Texte du *Concilium Veneticum*, 465, et du concile d'Orléans, 511.

SECTION V. — *Vœux religieux. — Etat ecclésiastique*. 188

Situation des femmes consacrées à Dieu. — Protection spéciale leur est accordée par les lois. — Empêchement résultant de vœux religieux. — Nullité du mariage. — Constitution de Clotaire en 560, Edit de Clotaire II. — Constitution en 614. — Prêtres mariés. — Deux différences à observer : 1^o entre les mariages contractés avant l'entrée dans les ordres, et les mariages contractés après. — 2^o Entre le mariage des prêtres, diacres et sous-diacres, et celui des clercs des ordres inférieurs. — Concile de Nicée. — Concile d'Agde, concile d'Orléans, d'Auxerre, de Tours. — Conduite du prêtre marié vis-à-vis de sa femme. — Séparation de fait, mais non pas divorce. — Persistance du lien de mariage. — Interdiction pour la femme de se remarier. — Sanction de ces règlements. — Perte des grades. — Excommunication. — Séparation avec l'aide du bras séculier.

SECTION VI. — *Disparité de culte*. 198

Dispositions contre les alliances avec des Juifs. — Mariages entre fidèles et infidèles. — Étudiés au Chapitre II sur l'indissolubilité. — Dispositions relatives aux hérétiques.

SECTION VII. — *Autres empêchements*. 200

Rappel des prohibitions déjà vues dans d'autres chapitres.

— Rapt, *criminis enormitas*. — Impuissance, lèpre. —

Age. — Empêchement prohibitif du *tempus feriarum*.

— Périodes pendant lesquelles le mariage était interdit.

— Sanction du concile d'Ilerda. — La théorie des empêchements n'est pas encore parvenue à son entier développement. Mais on en voit les applications générales.

CONCLUSION 203

BIBLIOGRAPHIE DES TEXTES 207

Imp J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
